



# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

PROGRAMA DE MAESTRÍA Y DOCTORADO EN  
FILOSOFÍA

FACULTAD DE FILOSOFÍA Y LETRAS INSTITUTO DE  
INVESTIGACIONES FILOSÓFICAS

## LA PENA CAPITAL COMO CASTIGO ÉTICO QUE NULIFICA EL EJERCICIO DE DERECHOS EN EL CRIMINAL ATROZ.

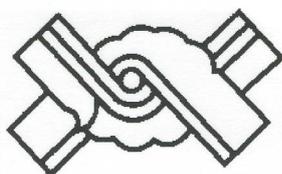


### TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
DOCTOR EN FILOSOFÍA

PRESENTA:  
LORENZO XAVIER ALDRETE BERNAL

ASESOR:  
DR. ALEJANDRO TOMASINI BASSOLS



MÉXICO, D.F.

2011



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

# ÍNDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO 1</b>	<b>11</b>
<b>1. El concepto de justicia retributiva en relación con la pena capital.</b>	<b>11</b>
<b>1.1. Derecho penitenciario contemporáneo.</b>	<b>12</b>
<b>1.2. Inviabilidad de la propuesta de reinserción social del criminal atroz.</b>	<b>13</b>
<b>1.2.1. Inconsistencia ética de la compurgación perpetua.</b>	<b>14</b>
<b>1.3. La justicia retributiva como fundamento ético de la pena capital.</b>	<b>15</b>
<b>1.3.1. La pena de muerte como aspecto penal sustantivo de la virtud cívica.</b>	<b>19</b>
<b>1.4. Los tratados internacionales abolicionistas: el dogma de un derecho sin deber de reciprocidad y el malentendido de la obligatoriedad <i>ad perpetuum</i>.</b>	<b>20</b>
<b>1.4.1. Las salvedades al <i>ius cogens</i> en virtud del principio <i>stantibus sic rebus</i>.</b>	<b>23</b>
<b>1.5. Principios éticos de justicia retributiva y la argumentación abolicionista empírica de inconsistencias en la praxis judicial.</b>	<b>24</b>
<b>1.6. Omisión metodológica del derecho penal minimalista en cuanto al tipo del criminal atroz.</b>	<b>25</b>
<b>1.6.1. Inconsistencia ética del derecho penal minimalista.</b>	<b>26</b>
<b>1.7. Diferencia ética entre la ejecución legal y el asesinato.</b>	<b>26</b>
<b>1.7.1. Sobre si la ejecución legal del sentenciado ha de ser pública o privada.</b>	<b>27</b>
<b>1.7.2. Importancia de la justicia retributiva para suprimir la proclividad a la venganza.</b>	<b>28</b>

<b>1.7.3. La inconsistencia de considerar la potestad de justicia del estado como asesinato premeditado contra el procesado.</b>	<b>29</b>
<b>1.8. El desvirtuamiento de Bobbio de la postura platónica en relación con la pena capital.</b>	<b>29</b>
<b>1.8.1. La interpretación sesgada de Bobbio respecto de Beccaria en relación con la pena capital.</b>	<b>32</b>
<b>1.9. Las inconsistencias de Beccaria respecto de la pena capital y la importancia de poderes públicos garantes de una justicia acorde a la gravedad de la atrocidad criminal.</b>	<b>34</b>
<b>1.10. Algunas puntualizaciones sobre el linchamiento como justicia sucedánea extralegal, cuando no se ejerce adecuadamente la justicia retributiva.</b>	<b>36</b>
<b>1.11. La pena capital como restitución del equilibrio anímico comunitario.</b>	<b>37</b>
<b>1.12. Rousseau y el merecimiento de la pena capital en el asesino como salvaguarda social.</b>	<b>37</b>
<b>1.13. Bobbio y el sofisma de la pena capital como acto de crueldad.</b>	<b>39</b>
<b>1.14. Camus y la apología de la irracionalidad conductual como precepto de inimputabilidad en la comisión del crimen atroz.</b>	<b>40</b>
<b>1.15. Garantías procesales en contraste con la inexorabilidad extralegal del crimen atroz.</b>	<b>42</b>
<b>1.15.1. Inconsistencia de la impugnación de la pena capital desde la crítica del método de ejecución del sentenciado.</b>	<b>43</b>
<b>1.16. La perspectiva ético-jurídica de la pena capital en contraste con el asesinato.</b>	<b>45</b>
<b>1.17. Aleatoriedad de la índole placentera de las prerrogativas penitenciarias.</b>	<b>46</b>
<b>1.18. La perspectiva aristotélica de lo resarcible y lo no resarcible crematísticamente.</b>	<b>47</b>
<b>1.19. El concepto de igualdad retributiva en Kant y Hegel.</b>	<b>51</b>
<b>1.20. Virtud cívica y ética pericial y procesal.</b>	<b>60</b>

<b>CAPÍTULO 2</b>	<b>62</b>
<b>2. El planteamiento contra la pena capital sustentado en su crueldad y en su ineficacia como política criminal.</b>	<b>62</b>
<b>2.1. Crueldad y falibilidad judicial.</b>	<b>62</b>
<b>2.2. Paradoja entre la exigencia de equidad y la moderación judicial respecto de un castigo irreversible.</b>	<b>63</b>
<b>2.3. Voltaire y el caso Jean Calas.</b>	<b>64</b>
<b>2.3.1. Prevaricación, fanatismo y tortura.</b>	<b>65</b>
<b>2.3.2. Impunidad, malevolencia y barbarie del poder público.</b>	<b>67</b>
<b>2.3.3. Intolerancia y criminalidad.</b>	<b>68</b>
<b>2.3.4. Indulgencia y justicia divina.</b>	<b>69</b>
<b>2.3.5. Inmoralidad e impericia judicial.</b>	<b>71</b>
<b>2.3.6. El paradigma del juez prudente como protector de la inocencia.</b>	<b>72</b>
<b>2.4. Hugo Bedau y su “caso en contra de la pena de muerte”.</b>	<b>74</b>
<b>2.4.1. Estigmatización enunciativa de la pena capital desde la perspectiva de una organización civil.</b>	<b>75</b>
<b>2.4.2. La pena capital no disuade, no es justa, no es equitativa, no es expedita, supone un alto costo.</b>	<b>77</b>
<b>2.4.2.1. El asesinato no suele ser una acción premeditada.</b>	<b>78</b>
<b>2.4.2.2. La pena capital inhabilita al perpetrador, pero la casuística muestra baja reincidencia.</b>	<b>79</b>
<b>2.4.2.3. Impredecibilidad delictiva e intolerabilidad de un alto índice de ejecuciones.</b>	<b>80</b>
<b>2.4.3. Medición estadística criminal como método prioritario de análisis.</b>	<b>80</b>
<b>2.4.4. La pena capital como castigo discriminatorio.</b>	<b>81</b>

<b>2.4.5. La pena capital como castigo irrevocable en casos de inocencia.</b>	<b>82</b>
<b>2.4.5.1. Dolo, parcialidad y discrecionalidad del poder público.</b>	<b>84</b>
<b>2.4.6. Sufrimiento psicológico y físico del reo e indefensión frente al poder público.</b>	<b>85</b>
<b>2.4.7. Problematicidad respecto de la índole retributiva de la pena capital.</b>	<b>86</b>
<b>2.4.8. Imperfecciones estructurales de los modelos procesales.</b>	<b>89</b>
<b>2.4.9. Pragmatismo criminológico bajo la figura de la morigeración judicial.</b>	<b>90</b>
<b>2.5. Importancia de la resocialización.</b>	<b>91</b>
<b>2.5.1. Política criminal como estrategia preventiva.</b>	<b>92</b>
<b>2.5.2. Coincidencia de Bedau con Roxin en cuanto a la restricción del <i>ius puniendi</i>.</b>	<b>93</b>
<b>2.5.3. Importancia del entorno sociológico para una política criminal sólida y rehabilitadora.</b>	<b>93</b>
<b>2.6. Síntesis de la impugnación de la pena capital: no infalibilidad judicial y no mejoramiento ético de la sociedad.</b>	<b>94</b>
<b>2.7. La pena capital como catarsis sin certeza de irrepetibilidad del acto atroz.</b>	<b>95</b>
<b>2.8. La pena capital no guarda relación con la reducción de los actos de venganza.</b>	<b>95</b>
<b>2.9. La prevención de la conducta delictiva desde la posición humanitarista de Jescheck.</b>	<b>96</b>
<b>2.9.1. Responsabilidad de la sociedad en el delito.</b>	<b>97</b>
<b>2.9.2. Liberalización y humanización del derecho penal.</b>	<b>98</b>
<b>2.9.3. El <i>ius puniendi</i> como medida subordinada a una perspectiva axiológica descriminalizadora.</b>	<b>99</b>
<b>2.9.4. Pena pecuniaria como evidencia de evolución social.</b>	<b>99</b>

<b>2.9.5. Criminalidad grave y reclusion penitenciaria como estrategia preventiva general.</b>	<b>100</b>
<b>2.9.6. Corrección conductual colectiva y compurgación prolongada.</b>	<b>101</b>
<b>2.9.7. Etiología del delito y humanización penitenciaria.</b>	<b>102</b>
<b>2.9.8. Exclusión de la pena capital y socialización de todo interno por normatividad internacional.</b>	<b>103</b>
<b>2.10. Crítica final a los argumentos expuestos en contra de la pena capital.</b>	<b>103</b>
<b>2.10.1. La presunta falibilidad judicial como justificación de la impunidad y la no proporcionalidad del castigo.</b>	<b>104</b>
<b>2.10.2. La índole ética de la pena capital no se ve menoscabada por las deficiencias judiciales y exige una sociedad virtuosa.</b>	<b>105</b>
<b>2.10.3. Flagrancia y confesión no coactiva.</b>	<b>108</b>
<b>2.10.4. Inmoralidad de la rehabilitación penitenciaria en relación con el criminal atroz.</b>	<b>108</b>
<b>2.10.5. La falacia lingüística de la etiología del delito en relación con el crimen atroz.</b>	<b>109</b>
<b>2.10.6. Determinismo como dogma sin sustento en usos específicos del lenguaje.</b>	<b>109</b>
<b>2.10.7. La falacia de la impugnación de la pena capital por la venalidad judicial o el deterioro del poder público.</b>	<b>110</b>
<b>2.11. La defensa de la pena capital honra a la víctima y no menoscaba la salvaguarda de la vida ni de los principios educativos y sociales.</b>	<b>111</b>
<b>2.12. El sentido ético de la pena capital no está supeditado a estadística delictiva o efectividad disuasiva.</b>	<b>112</b>
<b>2.12.1. Consecuencias éticamente aberrantes derivadas del método estadístico de Bedau.</b>	<b>112</b>
<b>2.13. Inconsistencia ética del argumento del costo de la pena capital.</b>	<b>113</b>

<b>2.14. La interpelación ética de cada acto criminal atroz.</b>	<b>114</b>
<b>2.15. Comprensión falaz de Bedau respecto del sentido retributivo de la pena capital.</b>	<b>115</b>
<b>2.16. Comprensión falaz de Bedau respecto del sufrimiento y la indefensión del reo.</b>	<b>115</b>
<b>2.17. El acto abominable que denota premeditación y no defensa para la víctima inocente, soslayado en sus consecuencias morales por el abolicionismo.</b>	<b>117</b>
<b>2.18. La falacia nietzscheana del castigo como dominación invariable del otro.</b>	<b>117</b>
<b>2.19. La inmoralidad de la indulgencia abolicionista en relación con la presunta inhumanidad de la pena capital.</b>	<b>118</b>
<b>2.20. Potestad judicativa ética y pericial, sin vínculo lógico con la indulgencia.</b>	<b>119</b>
<b>2.21. El merecimiento del castigo debe excluir aspectos no probatorios o no éticos.</b>	<b>120</b>
<b>2.22. La compurgación severa denota que se conoce indefectiblemente al responsable jurídico de un crimen atroz.</b>	<b>121</b>
<b>2.23. La doble falacia de la ética como ámbito trascendente y de la deficiencia sistémica.</b>	<b>122</b>
<b>2.24. Coincidencia de la justicia retributiva con un modelo social humanitario y solidario.</b>	<b>123</b>
<b>2.25. La inconsistencia ética de Roxin y Jescheck.</b>	<b>125</b>
<b>2.26. El cinismo abolicionista.</b>	<b>126</b>
<b>2.27. El crimen atroz meritorio de pena capital no se restringe al asesinato.</b>	<b>127</b>
<b>2.28. La falacia de la fatalidad de un poder público ominoso.</b>	<b>128</b>
<b>2.29. Reflexión final.</b>	<b>129</b>

<b>CAPÍTULO 3</b>	<b>130</b>
<b>3. La posición utilitarista en relación con la pena capital.</b>	<b>130</b>
<b>3.1. El concepto utilitarista de felicidad.</b>	<b>131</b>
<b>3.1.1. La salvaguarda del bienestar común.</b>	<b>132</b>
<b>3.1.2. La tensión entre el placer privado y el placer general.</b>	<b>133</b>
<b>3.1.3. Principios éticos indeclinables.</b>	<b>134</b>
<b>3.1.4. La crítica de Sidgwick al intuicionismo moral.</b>	<b>136</b>
<b>3.2. El deseo de castigar como sentimiento espontáneo y la noción de pena capital como defensa colectiva frente al crimen.</b>	<b>137</b>
<b>3.3. Las objeciones de Bentham a la pena capital.</b>	<b>140</b>
<b>3.3.1. El <i>ius puniendi</i> como intimidación y ejemplaridad.</b>	<b>140</b>
<b>3.3.2. Importancia de la temperancia en el <i>ius puniendi</i>.</b>	<b>141</b>
<b>3.3.3. Importancia intimidatoria del castigo simbólico.</b>	<b>142</b>
<b>3.3.4. Importancia de la ejemplaridad y la analogía en crímenes mayores.</b>	<b>143</b>
<b>3.3.5. La simplicidad del castigo como virtud de la justicia retributiva.</b>	<b>146</b>
<b>3.3.6. Equivocidad judicial y emotividad judicativa como objeciones al <i>ius puniendi</i> irreversible.</b>	<b>147</b>
<b>3.3.7. Apología de las penas de infamia.</b>	<b>148</b>
<b>3.4. La falsa objeción a la implacabilidad del <i>ius puniendi</i>.</b>	<b>151</b>
<b>3.5. Utilitarismo y fatalismo conductual.</b>	<b>153</b>
<b>3.6. Divergencia con el utilitarismo desde el punto de vista ético de la pena de muerte como nulificación de derechos y no como ejemplo disuasivo.</b>	<b>154</b>

<b>CAPÍTULO 4</b>	<b>159</b>
<b>4. Fenomenología de la víctima.</b>	<b>159</b>
<b>4.1. Ética y racionalidad.</b>	<b>159</b>
<b>4.2. La noción de víctima en el contexto religioso y la propensión contemporánea de tutela de la vida del sujeto–verdugo.</b>	<b>159</b>
<b>4.3. Dimensión estrictamente humana de la noción de victimización.</b>	<b>162</b>
<b>4.4. Legítima defensa y la clasificación jurídica de la víctima.</b>	<b>162</b>
<b>4.4.1. Víctima inocente como justificación ética de la pena capital.</b>	<b>164</b>
<b>4.5. Las inconsistencias conceptuales del marco internacional jurídico en materia de definición de perpetrador criminógeno y víctima.</b>	<b>165</b>
<b>4.6. Importancia victimológica del acto criminógeno con daño irreversible.</b>	<b>166</b>
<b>4.7. El perpetrador atroz y la interpelación de justicia que impone la figura de la víctima inocente.</b>	<b>167</b>
<b>4.7.1. Importancia ética de la no mediatización del otro como refrendamiento de la víctima inocente de un crimen atroz.</b>	<b>167</b>
<b>4.8. La noción de justicia respecto del crimen atroz y la deshonra abolicionista a la víctima inocente.</b>	<b>169</b>
<b>4.8.1. Deontología en relación con la honorabilidad de la víctima inocente.</b>	<b>170</b>
<b>4.9. La falacia de la noción de precipitación victimológica como omisión del respeto ético a la persona vulnerable.</b>	<b>171</b>
<b>4.10. Ética comunitaria y autodefensa.</b>	<b>173</b>
<b>4.11. Operatividad jurídica de las nociones de perpetrador atroz y víctima inocente.</b>	<b>174</b>
<b>4.12. El falso debate entre las nociones de “culpa”, “responsabilidad”, “libertad” y “voluntad autónoma” en el acto punible.</b>	<b>175</b>
<b>4.12.1. La inconsistencia de la hipótesis del determinismo.</b>	<b>176</b>

<b>4.13. Inconsistencia ética en la perspectiva victimológica prevaliente respecto de víctimas inocentes de crimen atroz.</b>	<b>178</b>
<b>4.14. Falta de rigor en los argumentos criminológicos y victimológicos.</b>	<b>179</b>
<b>4.15. La víctima inocente como símbolo de vergüenza ontológica y exigencia ética de la pena capital.</b>	<b>180</b>
<b>4.15.1. La pena capital como castigo ético que honra a la víctima inocente.</b>	<b>180</b>
<b>4.16. La narrativa judicial del criminal atroz en relación con las víctimas inocentes de sus actos.</b>	<b>181</b>
<b>PENSAMIENTOS FINALES</b>	<b>183</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>187</b>

## INTRODUCCIÓN

La noción de crimen atroz que para los efectos de este trabajo nos es útil es una noción de sentido común. Es relativamente obvio que no hay ni puede haber una definición omniabarcadora de nociones así. Aquí nos basta con entender por ‘crimen atroz’ una conducta delictiva que lesiona irreparablemente la vida de un tercero en forma deliberada, donde el perpetrador exhibe plena conciencia del daño infligido a su víctima y se ensaña innecesariamente con ella. Tengo, pues, en mente, toda clase de mutilaciones del cuerpo. La verdad es que cabría incluir también la crueldad psicológica a la persona subyugada en forma criminal, la humillación en las peores condiciones de anulación de su voluntad, cuyos efectos deletéreos causen un deterioro permanente en su salud y estabilidad emocional, a pesar de que sobreviviera al malhadado trance. El punto es que cualquier hablante normal distingue sin problemas entre crímenes y crímenes atroces, inclusive si hay obviamente casos intermedios que no sería fácil clasificar. Obviamente, eso no es ningún argumento en contra de la legitimidad de la noción de crimen atroz.

Por supuesto, es muy importante enfatizar en esta caracterización la relevancia de nociones jurídicamente torales, como las de inocencia e indefensión. En concordancia con lo anterior, propongo – pues es inevitable hacerlo como referencia elucidatoria – las siguientes tipificaciones, señalando de entrada que las mismas emanan de una casuística real y resultan, por ende, emblemáticas de lo que el sentido común y el lenguaje natural permitirían caracterizar como un acto premeditado despiadado, en el que la dignidad de la persona afectada queda definitivamente suprimida. Asimismo, entra en la caracterización general de ‘crimen atroz’ el que el ejecutor de la terrible acción no muestre el más mínimo rasgo de lástima en relación con quien es víctima de su fatídica e ilegal agresión. Así, me parece que la siguiente lista ejemplifica de manera satisfactoria lo que yo entiendo por ‘crimen atroz’, un elenco que desde luego puede ampliarse cuanto se quiera:

- a) asesinato con mutilaciones provocadas por aparatos (sierra eléctrica, hachas, etc.), o como sucede en ciertos secuestros, después de haber pactado el rescate con los parientes del plagiado.
- b) raptos de menores para vejarlos sexualmente, esclavizándolos al prostituirlos por lucro en redes de pedofilia donde se les obligue a contactos obscenos y degradantes, así como al coito y que, por razones de “seguridad” de los delincuentes, se les inflija al poco tiempo la muerte.

c) secuestro de mujeres con fines de violación, esclavización, tortura y asesinato, incluso con derivaciones en algunos casos hacia el descuartizamiento o el canibalismo. Podemos pensar, asimismo, en el asesinato despiadado de una madre frente a sus hijos, después de haber sido violada en su presencia.

d) actos de genocidio o desaparición forzada de personas, como en el caso de migrantes indefensos, que no habiendo provocado ninguna riña, discusión, etc., quedan en cautiverio alarmados, golpeados, asustados, etc., todo ello gratuitamente.

Es pertinente y particularmente importante señalar que la idea de crimen atroz – para el análisis de la presente exposición - por supuesto que no implica, acarrea o se vincula semánticamente con la idea de enfermo mental (legalmente inimputable), puesto que mi interés central estriba en la determinación del perpetrador como persona jurídica susceptible de responsabilidad penal, dejando de lado la etiología que pudiera explicar su proclividad criminógena. En este sentido cabe puntualizar que el psicópata, por ejemplo, al margen de la relevancia criminológica que revista su historial personal, no es en absoluto equiparable a un débil mental. Hago aquí referencia a un artículo elucidatorio de Stephen J. Morse, intitulado *Psychopathy and Criminal Responsibility*<sup>1</sup> donde el autor argumenta convincentemente que para fines de determinación de la responsabilidad penal, al margen de los problemas de socialización u obturación moral que un individuo pueda tener, “the capacity for rationality and the absence of coercion are the two most generic responsibility criteria”.<sup>2</sup>

En otras palabras, lo que ha de evitarse es la trivialización de la idea de criminal imperdonable a partir de sus particulares barreras o desvirtuamientos psicológicos para llevar a cabo una socialización razonable que no se traduzca en una soterrada lesividad a terceros, puesto que una de las características de la mente psicopática es la habilidad para la simulación. El que un violador serial y sanguinario, por ejemplo, haya sido violado en su infancia y esto haya despertado en él un deseo de ajuste de cuentas con la vida cometiendo la misma vejación padecida en menores, sin duda representa un desajuste emocional perverso, una psicopatía. Empero, ni mucho menos quiere esto decir que dicho individuo ignora el daño que causa, que no actúe racionalmente y sin coerción en la elección de los medios para lograr su avieso cometido, pues es alguien que sabe lo que hace. En este mismo tenor, la participación de psiquiatras en la valoración de la sanidad mental de un perpetrador atroz, si bien reviste importancia por el

---

<sup>1</sup> Morse, Stephen J., *Psychopathy and Criminal Responsibility*, Received: 7 May 2008 / Revised: 22 May 2008 / Published online: 10 July 2008# Springer Science + Business Media B.V. 2008.”

<sup>2</sup>Ibidem, p. 205:“La capacidad de racionalidad y la ausencia de coerción son los dos criterios más genéricos de responsabilidad”.

peso moral o las paradojas profesionales que conlleve, tampoco podría ser un tema per se en la presente exposición<sup>3</sup>, pues mi análisis parte de la figura ya definida del sujeto penalmente responsable con sustento en pruebas periciales o confesión no coactiva, en un proceso judicial con observancia estricta de garantías al acusado.

La postura retencionista que esgrimo está sustentada éticamente, puesto que yo argumento a partir de la no justificación – por principios de equidad y proporcionalidad – de otorgar derechos penitenciarios post-sentencia condenatoria a quien privó artera y despiadadamente de la vida a un inocente, o le causó lesiones irreparables. Por ende, no se insertan en esta problemática aspectos por completo aleatorios de carácter disuasivo o de costo-beneficio, merced a los cuales se supedita a criterios estadísticos o crematísticos la justicia que se debe a la víctima inocente como persona irrecuperable o gravemente menoscabada en su dignidad.

Me parece que los fenómenos de criminalidad inexorable y cruenta contra terceros indefensos, deben dar pie a una reflexión acuciosa en cuanto a honrar los derechos inalienables y legítimos de las personas victimadas, no adscribiendo prerrogativas de compurgación a los perpetradores. En este tenor, estoy consciente de que resulta prácticamente un empeño inusual, frente a la perspectiva dominante en el tema, la dubitación respecto de la postura del abolicionismo en boga, cuyos asertos se nos pretende presentar no sólo como plausibles sino como incontrovertibles en el ámbito de una legalidad acuñada como inconsútil, y por ende tersa y benevolente. Por ello, el poner aquí y ahora en tela de juicio este cuasi axioma de las democracias europeas y de la Organización de Naciones Unidas, y paralelamente sustentado en el activismo de organismos no gubernamentales de alcances internacionales, puede llegar a ser visto como una herejía en materia de garantías fundamentales.

Mi tema central es, por consiguiente, la pena de muerte como castigo ético. La argumentación abolicionista esgrime diversas objeciones en contra de la pena capital, que en síntesis procuran exponer la falibilidad de la justicia humana bajo una serie específica de modalidades. Por desgracia – se concluye en algunas vertientes de esta perspectiva – que la justicia divina, si la hubiese y pudiese acreditarse, permanece clausurada; no es (ni tiene visos de serlo) un factor teóricamente útil de elucidación procesal ni de sentencia. Empero, por absurdo que suene, este “dato” es lo que permite concluir al abolicionismo actual que es preferible no ejecutar al perpetrador de crimen alguno, por atroz o sanguinario

---

<sup>3</sup> Kastrup, Marianne, *Psychiatry and the Death Penalty*, Journal of Medical Ethics, Vol. 14, No. 4 (Dec., 1988), BMJ Publishing Group, pp. 179-183.

que éste sea, antes que cometer cualquier equivocación judicial de lo que serían efectos lamentables e irreversibles, y que pudieran ir en contra de “verdades religiosas” nunca previamente establecidas. Esta argumentación volteriana subyace – como habremos de ver – como una tesis importante en contra de la perspectiva retencionista.

Al escuchar este tono de edificante repudio total de la ejecución legal, cuya apología suele acompañarse de la recitación vehemente de los abusos cometidos desde la oficialidad del poder, en contra de individuos falazmente inculpados y a merced de maquinarias judiciales burocratizadas y venales, da la impresión de que no hay en el mundo perpetradores implacables a los que pueda responsabilizarse sin ambigüedad, de que no existen víctimas inocentes de la violencia desmedida y cruenta de criminales fríos y calculadores que haya que defender. Obviamente, tan rechazable resulta ignorar los excesos del poder institucionalizado como soslayar una criminalidad que inequívocamente causa daños irreparables a quienes llegan a sufrirla, y esto último como un fenómeno cotidiano. Ambas cosas suscitan una conmoción en nuestra conciencia, la cual se expresa en el repudio a lo que nos oprime como individuos, como señala Ernst Tugendhad: t

“En la moral empleamos las expresiones más fuertes de aprobar y reprobar, elogiar y censurar. Y estas expresiones más fuertes se vinculan con el hecho de que no solamente deseamos ser de ese modo, sino que también lo exigimos”.<sup>4</sup>

Si bien no puede negarse la gravedad de los posibles fenómenos de menoscabo de las garantías individuales bajo decisiones extralegales en un determinado sistema de justicia, es claro que el problema de fondo estriba en la no observancia de un comportamiento ético y profesional entre los incumbentes en determinado proceso (fiscales, investigadores del delito y jueces). No es la pena lo que es impugnabile en sí mismo, sino ciertas prácticas judiciales deficientes pero por lo demás perfectamente enmendables, como lo establece el texto *Restricciones a la Pena de Muerte*, publicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 1983<sup>5</sup>.

Por lo tanto, la reflexión del presente trabajo no se erige en una apología de la pena capital como remedio para el fenómeno social del crimen violento y sanguinario, ni evade la realidad de políticas vindicativas en regímenes autoritarios, o el atrozamiento que los sistemas judiciales corruptos pueden

---

<sup>4</sup> Tugendhad, Ernst, *Diálogo en Leticia*, Gedisa, 1999, p.39

<sup>5</sup> *Restricciones a la Pena de Muerte*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Secretaría de la Corte de San José, Costa Rica, 1983.

causarle a los individuos. La postura aquí sustentada tiene que ver – como ya dije – con la omisión abolicionista de la circunstancia de la víctima inocente en materia de cancelación tajante del ejercicio de derechos al perpetrador del acto atroz y antijurídico cometido en su contra.

Ha de señalarse, por lo tanto, que las objeciones abolicionistas – que en el presente trabajo se examinan en detalle – distan mucho de resolver negativamente la pertinencia moral de la pena capital en los casos de criminalidad altamente lesiva. Lo que es imprescindible elucidar es una cuestión de ámbito de aplicación de tal castigo, es decir, establecer un marco deontológico que lo exija irrefutablemente. Atendiendo a las impugnaciones de impericia y venalidad judiciales, es claro que tal marco deontológico, desde el que quede inequívocamente estipulada la obligación de ejercicio de la pena capital, precisa determinar requisitos puntuales, a saber:

1. la intención inobjetable del perpetrador de infligir daño severo a una víctima inocente.
2. la planeación eficiente del proceso de vulneración de la víctima inocente por parte del perpetrador.
3. la anulación implacable de toda dignidad en la víctima inocente por parte del perpetrador.
4. la constatación procesal indubitable de la responsabilidad del perpetrador en la comisión del acto.

Si estas condiciones se cumplen (y policial y jurídicamente se pueden cumplir), de lo que estamos hablando es del merecimiento de la ejecución legal con sustento en evidencias y pruebas periciales inobjetables. Recordemos, por otra parte, que la víctima inocente no goza ante su verdugo de prerrogativas de defensa, éste controla en todo momento el proceso de sometimiento y decide las formas de sufrimiento y vejación que habrá de infligir, un proceso cuyo desenlace altamente probable será la eventual muerte implacable de quien ha sido despojada vejatoriamente de su autonomía.

Subrayo aquí una vez más: inclusive si el asesinato de la víctima no se consumase, las lesiones psicológicas y físicas bien pueden revestir características de efectos permanentes en la existencia ulterior de la persona ultrajada. Es decir, hay crímenes cuyas consecuencias son terribles e indelebles, tanto entre las víctimas como entre sus allegados o sus supérstites. Los deudos, por ejemplo,

habrán de sobrevivir la agonía traumática del proceso de “superación” de lo acontecido. Si esto no es atroz es difícil visualizar qué podría serlo. Es notoria la arrogancia de muchos de estos criminales cuando describen con ingente desprecio los daños infligidos a terceros indefensos. Todos estos son datos que ciertamente se tienen que tomar en cuenta.

Es evidente que el abolicionismo en boga en nuestros días no examina con rigor analítico y en detalle los casos en los que se cumplen las cuatro condiciones antes estipuladas en lo que respecta al criminal y la víctima inocente, es decir, los ejemplos criminales sanguinarios y en relación con los cuales no existe duda alguna sobre la responsabilidad penal en el acto avieso y terrible. Porque así como no tiene mayor caso negar las evidencias de prevaricación e inepticia judicial – como se comentó – tampoco lo es el aseverar que la responsabilidad penal es siempre o sistemáticamente dubitable.

La pena capital debe analizarse a la luz de ejemplos reales en los que se ratifiquen las condiciones referidas. Sin este referente se corre el riesgo de faltar al rigor expositivo y condenar el discurso al naufragio de equívocos erísticos y en última instancia estériles. Nada más deplorable que la inadecuada determinación del campo incumbente de análisis, deficiencia que campea en la discusión abolicionista sobre la pena capital como, espero, habrá de quedar claro en este trabajo. Es precisamente en los ejemplos de bestialidad sanguinaria donde se vislumbra un problema ético ineludible. Se trata de casos emblemáticos de inexorabilidad sádica que vuelven inconsistente la idea de rehabilitación penitenciaria y exigen pergeñar una disquisición formal sobre un tema crítico por su dimensión ética.

Hoy resulta significativo – como ya se dijo – que el abolicionismo oficial enarbolado, inter alia, por la Organización de Naciones Unidas, el Parlamento Europeo y organismos no gubernamentales de diseminación sentenciosa del tema, difunda lemas a guisa de letanías, sin ápice de reflexión temperada. Esto ha terminado por erigirse, merced al trabajo propagandístico de estas instancias, en una doctrina intocable mediante la que se pretende descalificar a priori cualquier discrepancia. No obstante, como habrá de elucidarse en la tesis aquí expuesta, tal crestomatía de frases abolicionistas ad hoc se resquebraja cuando la discusión se centra en los casos ya tipificados donde las cuatro condiciones enunciadas son constatables.

Entre los numerosos expedientes de crímenes despiadados y de índole vejatoria estremecedora, a manera de ejemplo referiré brevemente uno de actualidad, en el que convergen el secuestro de menores, su violación con cinismo y desprecio total a su sufrimiento como personas indefensas, el lucro con

videos pornográficos y el asesinato por mano propia o por abandono de las víctimas en mazmorras hasta su muerte por inanición. Me refiero, claro está, al caso de Marc Dutroux. Este psicópata, actualmente condenado a cadena perpetua en Bélgica, de donde es oriundo, causó estos daños atroces a diversas mujeres púberes, hizo la confesión pormenorizada y fría de todo el dolor que infligió a sus víctimas, manifestando en todo momento un lenguaje articulado y un discernimiento indubitable. Se tiene documentado que Dutroux no actuó sólo para satisfacer sus impulsos perversos, sino que era el operador de una red de pederastia:

“La bande, créée par Marc Dutroux, enlevait des fillettes, créait des vidéos pornographiques (contenant souvent des viols atroces) et distribuait les vidéocassettes en Europe”<sup>6</sup>.

El hecho de que Dutroux esté hoy gozando cabalmente de las garantías penitenciarias que la legislación internacional en la materia otorga a todo interno, habiéndose evidenciado por sus declaraciones y comportamiento insolente y desafiante durante su proceso y después en su estancia carcelaria que jamás se barruntó en él la mínima consideración por quienes vejó y privó de la vida, constituye el signo inequívoco de que el abolicionismo a ultranza no es una respuesta sólida ante la perversión moral inocultable e indignante de una sevicia de esta índole. Lo paradójico de su postura es que reprocha a los sistemas judiciales sus inconsistencias probatorias, su venalidad y sus abusos, pero cuando se le muestran casos como el de Dutroux, donde no hay manera de impugnar la frialdad y la crueldad inequívocas de sus actos, cuando lo que se tiene es la expresión endurecida del asesino haciendo el recuento de sus iniquidades, sin tener ya nada que argumentar – pues ya no se puede aducir que el perpetrador sea una víctima del sistema, que se le haya acusado injustamente o que la confesión le haya sido arrancada mediante tortura – entonces impone su dogma: de todos modos no debe ejecutarse al responsable. Esto representa un escándalo moral, en el mismo sentido en que Kant calificó de ‘escándalo’ el no poder ofrecer una prueba del mundo externo.<sup>7</sup>

Infiero que el abolicionismo defiende una idea inconsistente de justicia, sin equidad ni proporcionalidad en el ejercicio de derechos. Cobija sin más al

<sup>6</sup> *Affaire Marc Dutroux*, La pause lecture, [www.pause.pquebec.com](http://www.pause.pquebec.com): “La banda creada por Marc Dutroux secuestraba pubertadas, hacía videos pornográficos (conteniendo a veces violaciones atroces) y distribuía los casetes en Europa”.

<sup>7</sup> Kant, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, Felix Meiner Verlag Hamburg, 1998, Vorrede zur zweiten Auflage, nota al calce, p.36: “...so bleibt es immer ein Skandal der Philosophie und allgemeinen Menschenvernunft, das Dasein der Dinge ausser uns... bloss aus Glauben können annehmen zu müssen...” (“...permanece siempre como un escándalo de la filosofía y para la razón humana universal, el que la existencia de las cosas fuera de nosotros... sólo por creencia tengamos que aceptar”).

perpetrador atroz – bajo una abstracta e incomprensible loa al respeto irrestricto a la vida – y deja a la víctima en el olvido y la quietud del cementerio o la urna funeraria. Éticamente resulta absurdo esgrimir el respeto irrestricto a la vida. La vida debe respetarse en quien la honra en otros y mientras continúe honrándola en otros, salvo que legítimamente haya de defender la suya propia ante alguna amenaza letal.

Como pertinentemente señala Alejandro Tomasini Bassols, “cuando decimos que la vida del hombre es lo más sagrado o lo más valioso, lo único que estamos aseverando es que en la jerarquía de nuestras preferencias y valores indefectiblemente la especie humana ocupa el primer lugar, pero de eso no se sigue que la vida de cada miembro de la especie sea igualmente valiosa y, por consiguiente, quede de alguna manera garantizada como intocable”<sup>8</sup>. Es éste el núcleo del problema: la vida humana investida de garantías deja de ser valiosa per se cuando los actos traicionan la dignidad que se debe respetar en las vidas de los otros, sometiéndolos a la abyección de una violencia injustificada. Estamos frente a una equivocación generada por no entender que la expresión ‘la vida humana es lo más valioso’ puede tener muy variadas aplicaciones. En este caso, obviamente, el uso global o totalizante no garantiza la aplicación distributiva.

El trabajo analiza en un primer capítulo la perspectiva de la justicia retributiva, elucidando las ambigüedades del concepto y los matices necesarios para una definición ética stricto sensu de la misma, en términos deontológicos respecto tanto de la asignación como de la nulificación de derechos en el marco del crimen atroz. En un segundo capítulo se examinan las objeciones a la pena capital bajo la perspectiva de las inconsistencias judiciales de los sistemas de justicia penal, haciendo su ponderación y exponiendo su refutación. En un tercer capítulo se exponen las tesis más significativas del utilitarismo en relación con el tema que nos concierne, haciendo su crítica y evidenciando sus equívocos y contradicciones respecto de la presente tesis. El cuarto capítulo versa sobre la fenomenología de la víctima, poniendo de relieve en el cotejo de la tipología victimológica la noción de “víctima inocente” en relación con el criminal atroz, un tema soslayado por el abolicionismo y que contiene los aspectos conceptuales centrales para la sustentación ética de la pena capital.

No menos importante es subrayar que en el trabajo se hace énfasis en diversos pasajes sobre la necesidad de virtudes cívicas en la vida comunitaria, que son las que permiten una intersubjetividad solidaria y honorable, pues la ausencia de las mismas deja en un vacío moral al *ius puniendi* y,

---

<sup>8</sup> Tomasini, Bassols, Alejandro, *Pena capital y otros ensayos*, Icarus, 2009. p.18.

específicamente, a la pena capital. Es decir, una política criminal que acepta como hipótesis de definición conceptual del castigo extremo la coexistencia con una criminalidad altamente lesiva e inextirpable como parte sustantiva de la actividad social, termina por convertir a la ejecución legal de tales criminales en un procedimiento recurrente y no de excepción. Me explico: si la proclividad delictiva se concibe y acepta como un fenómeno endémico de una determinada colectividad – como si se tratase de una cuasi fatalidad inabitable – se niega de antemano la ética intersubjetiva como sustento de la detección, denuncia y defensa efectiva ante las conductas antijurídicas, particularmente las graves. El ciudadano aparece como un ente indefenso y aislado, al que se regatea el derecho de organización armada si fuese necesario y al que se deja a merced de lo que las estrategias policiales del momento alcancen a resolver por él. Empero, la intervención de los cuerpos de seguridad del estado en materia delictiva acontece casi siempre tardíamente. Este asunto del carácter inerme de la ciudadana y sus efectos nefastos ya fue certeramente examinado por Aristóteles, como lo vemos en el capítulo cuarto del presente trabajo, y como tal constituye un factor innegable de agudización en la incidencia victimológica.

Lo anterior debe ser preferiblemente una excepción, que nazca de la convicción de una comunidad ética de que ciertos actos son imperdonables porque victimizan despiadadamente y de que atentan gravemente contra la cohesión social. No hay nada peor para la vida cívica que gobiernos que combaten el crimen con fuerza represiva institucional desvinculada de los propios ciudadanos, que ignorando la importancia de la formación ética en la educación de las personas hacen del cateo y el decomiso sus instrumentos de control delictivo prioritarios. En tales contextos, la pena de muerte puede fácilmente desvirtuarse y esgrimirse como una medida ejemplar e intimidatoria (que es lo que erróneamente sostienen ciertas posturas utilitaristas, como habrá de exponerse).

La defensa de la pena capital como castigo éticamente justificado en el contexto del crimen atroz no es un remedio a la criminalidad como tal: es un tributo a los derechos coartados de la víctima inocente ahí donde tal comisión abominable acaece. Es esto lo que no parecen entender los abolicionistas, ni tampoco los que preconizan esta punición por razones casi de ajuste de cuentas con el perpetrador; y es por eso que las más de las veces dan la impresión de estar discutiendo un hombre de paja y de nunca enfrentar el problema real. Al margen del avance ético y de equidad de derechos de una determinada sociedad, o de los bajos índices delictivos que ello conlleve, basta la constatación de un caso de crimen atroz en menoscabo de una víctima inocente para que la pena capital cobre pertinencia deontológica.

La narrativa abolicionista contemporánea busca convencer con el ardid mercadotécnico de figuras de renombre internacional<sup>9</sup> que propalen como su baza fuerte la presunta intocabilidad de la vida, por supuesto como aserto esterilizado de cualquier contexto de lesividad antijurídica atroz. Si esta concepción prevaleciese como conducta moral, entonces se estaría promoviendo el martirio generalizado ante actos sanguinarios y dolosos. Se nos dirá aquí que la salvedad ante estos comportamientos de amenaza flagrante contra la propia integridad sería el derecho de legítima defensa. Pues bien, sea la pena de muerte la legítima defensa moral de la víctima inocente por parte de una noción de justicia impecable, ante la vulneración irreversible y bestial de sus derechos fundamentales como persona. Sea esto un tributo póstumo tanto al supliciado privado injustificadamente de la vida, como a quien aún habiendo sobrevivido al brutal embate, hubo de sufrir las huellas indelebles de una violencia que nadie con sensibilidad moral habría sido capaz de ejercer en contra de su dignidad ontológica.

Por último, es pertinente señalar que todas las traducciones a los textos en otras lenguas figuran a pie de página y son responsabilidad mía.

---

<sup>9</sup> Véase en You Tube la baladé retórica abolicionista del actor Jeremy Irons, auspiciada por Amnistía Internacional. Ahí el histrión británico, fijando una mirada llorosa ante la cámara y con gesto de patetismo prefabricado, nos sensibiliza sobre la malignidad de los sistemas judiciales que preconizan la pena capital. El único infractor que vale es el que como individuo indefenso y a merced de una aplastante maquinaria de estado, paga por lo que no hizo. ¡Es decir, no hay en realidad infractor que merezca una ejecución legal, porque el criminal despiadado y cruento sencillamente no existe en el etéreo mundo abolicionista! Por lo tanto no parece haber tampoco víctima injustamente vejada y ultimada. Lo único que hay son inocentes enviados al patíbulo por una abyección moral sistémica de jueces prevaricadores y oscuras fuerzas vengativas de un poder arbitrario. Y sin embargo, las huellas de la atrocidad criminal en el cuerpo lacerado, mancillado y mutilado del victimado – por mencionar un *modus operandi* delictivo ampliamente documentado - no se suprimen por una retórica chabacana y especiosa como la aquí referida. Hay quien no merecía morir por un acto premeditado de este tipo, y moralmente debemos encarar la interpelación que esto plantea a nuestra conciencia y actuar en consecuencia.

## CAPÍTULO 1

### 1. El concepto de justicia retributiva en relación con la pena capital.

La pena capital como una práctica judicial legal significa que se está castigando la comisión de un acto criminal que, se sostiene, por sus características no admite internación penitenciaria, es decir, torna inaceptable la posibilidad de la reinserción social del perpetrador. La idea de esta supresión de toda expectativa readaptativa es poner de manifiesto que hay un límite en la conducta delictiva que, una vez transgredido, cancela cualquier resarcimiento a manera de compensación o de indemnización. La razón es que lo que aquí está en juego es un tipo de lesividad que cuando se inflige a un tercero cancela cualquier satisfacción de índole cuantitativa o pecuniaria, y por ende – como veremos – problematiza el recurso de compurgación. Por consiguiente, habría una conexión directa y necesaria entre la punición como retribución irremisible en términos de resarcimiento crematístico o de trabajo carcelario y el acto letal artero (o incluso de tal magnitud vejatorio) que subleva cualquier intento de condonación por algún castigo que no sea de índole capital. La razón fundante para el ejercicio del *ius puniendi* en su definición extrema es de honra a la víctima y su indefensión inherente al momento de ser privada de la vida o de haber sido lastimada en su dignidad ontológica de un modo irrecuperable. A este respecto, la casuística de estos casos criminales intolerables nos tributa un acervo copioso de agónico sufrimiento y humillaciones lacerantes, donde la implacabilidad y la ferocidad de los ejecutores se manifiestan una y otra vez, y que resultaría moralmente oprobioso e indignante simplemente ignorar.

Desde esta perspectiva, la retribución acorde al acto atroz – investido de la irremediabilidad del daño causado a un tercero inocente – en virtud de su asesinato o de su vejación imperdonable como delitos tipo de referencia – exige la anulación de toda posibilidad de ejercicio de derechos en el perpetrador, es decir, propone como única respuesta legal congruente y justa la muerte de éste. El no cumplimiento de la suspensión de prerrogativas penitenciarias en el perpetrador conduce inexorablemente a un desequilibrio inadmisibles en cuanto a los derechos y prerrogativas del verdugo respecto de los de la víctima. Se estaría incurriendo en una flagrante contradicción jurídica en la tutela de la vida por parte del poder público, pues se preservarían condiciones de vida dignas en el criminal sin consideración por la imposibilidad de goce alguno de derechos por parte de la víctima del acto letal u oprobioso. Esto es algo que soslayan totalmente quienes preconizan la compurgación a guisa de perpetuidad penitenciaria, adoptando complacientemente la hipótesis (declaradamente falsa, dicho sea de paso) de que el interno habrá de sufrir en mayor grado de esta manera que si se le ejecutase sin más. ¿Qué es lo que permite hablar de esta manera? ¿Acaso el arrepentimiento sincero de un perpetrador atroz – asumiendo que se produjese – basta para borrar la desmesura aberrante de su acción? Por otro lado, justificar una pena a partir de consideraciones de dosis de sufrimiento

para un infractor en un centro carcelario reviste intenciones de venganza, algo que la pena capital evita al ejecutar sin visceralidad y sin ignominia. En realidad, lo que aquí se bosqueja es una justificación de la pena capital más que en un sentido retributivo (algo que de todos modos no desdeño) en un sentido de equidad en la distribución de derechos. Tal equidad sólo puede concretarse en la anulación de tales derechos *post sententiam* en el perpetrador.

### **1.1. Derecho penitenciario contemporáneo.**

Aquí surgen dos temas que es preciso abordar con puntualidad, con objeto de evitar planteamientos sin sustento respecto de la presunta tortura psicológica, moral o física que conllevaría la internación privativa de la libertad y, por otra parte, en lo que atañe al clamor abolicionista frente a la desmesura de ejecutar a un perpetrador atroz. Lo primero exige aludir al marco jurídico internacional en materia de derecho penitenciario, en tanto que lo segundo a la punibilidad capital como consecuencia de un proceso probatorio inequívoco e irrefutable.

El Primer Congreso de la Organización de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, definió la redacción de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos<sup>1</sup>. El documento establece la exigencia de propiciar condiciones básicas que garanticen la observancia de derechos fundamentales para los internos. Por ejemplo, que se acrediten plenamente su identidad, los motivos de su detención y la autoridad competente que lo dispuso, el día y la hora de su ingreso y de su salida, así como la orden válida de la detención. Se prevé la separación penitenciaria por sexo y tipología criminal, se proscriben los sistemas filadélfico (aislamiento) y auburnense (silencio coactivo permanente). Se garantiza el trabajo remunerado, la higiene, el alumbrado, la calefacción, la ventilación, el ejercicio, la alimentación y los servicios médicos. Se prohíben “las penas corporales como encierro en celda oscura, sanción cruel, inhumana y degradante”<sup>2</sup>. Asimismo, los medios de coerción no deben utilizarse como formas de sanción (esposas, cadenas, grilletes)<sup>3</sup>. A todo lo anterior ha de añadirse el derecho a la privacidad en la visita conyugal o íntima, lo mismo que la asistencia jurídica, la información noticiosa, la lectura y las actividades recreativas.

Se infiere que la conceptualización contemporánea de los centros penitenciarios no está pensada en términos de exclusión del interno respecto de la vida social legal, sino como una preparación formativa para su reinserción eventual en una esfera comunitaria, en cuyo seno su infracción sea perdonada y la confianza en su expectativa conductual restituida, posteriormente al

---

<sup>1</sup> *Primer Congreso sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (First UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders)*, celebrado en Ginebra, Suiza, del 22 de agosto al 3 de septiembre de 1955, en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

<sup>2</sup> *Ibidem.*

<sup>3</sup> *Ibidem.*

cumplimiento de la sentencia. Estamos hablando de delitos cuya lesividad no alcanza a ser intolerable, sino que se admite que ésta es resarcible y los autores reformables. O sea, parecería que el supuesto básico de esta legislación ideal es no contemplar el horizonte de los crímenes terribles o reducirlo al espectro de crímenes para los cuales las penas usuales bastan. Estamos, pues, desde el inicio frente a una inmensa petición de principio.

## **1.2. Inviabilidad de la propuesta de reinserción social del criminal atroz.**

Pensemos un poco en qué sucedería si concediésemos la reinserción del criminal atroz una vez compurgada su sentencia. ¿Podría la sociedad restituirle la confianza al criminal despiadado para que hiciese una vida ordenada y acorde con las exigencias de comportamiento racional y ético de un ciudadano respetuoso de la dignidad y la integridad de los demás? Digámoslo en voz alta: la posibilidad de que esto fuese factible en los casos de asesinos, secuestradores, violadores y pederastas – por mencionar algunas tipologías delictivas particularmente repulsivas – sería prácticamente nula, y constituiría una ofensa mayúscula a los supérstites de tales víctimas. Además, esto podría motivar una siempre ominosa secuela de sentimientos de venganza ante el no cumplimiento del castigo pertinente por parte del poder público. Una y otra vez, como veremos a lo largo de este escrito, surge la *quaestio* de la inequidad en la distribución de prerrogativas.

No es inusual que se esgriman argumentos frívolos en el sentido de qué es lo que se gana ejecutando legalmente a un criminal altamente lesivo y brutal en sus métodos de vulneración, erigiéndose quienes así razonan en los evaluadores del sufrimiento de los allegados de la víctima irrecuperable o irremisiblemente ultrajada. Pues bien, lo que se gana es el sentimiento de que se ha hecho justicia, de que no se cometerá la aberración de inscribir a tales sujetos criminógenos en programas penitenciarios orientados a la reinserción social. Lo que se gana es el sosiego de los familiares al descargar de sus conciencias el deseo de venganza, perfectamente entendible en tales circunstancias de dolor e impotencia.

La irracionalidad de tal propuesta rehabilitadora estriba precisamente en insistir en una humanización de quien renunció a toda consideración humana respecto de alguien indefenso. ¿Qué es entonces lo que avizoran los propugnadores de la socialización como interno de un individuo con tales características? ¿Su transformación en un ser creativo y diligente? ¿Su reiterado arrepentimiento? Nada de esto borra la atrocidad ni la responsabilidad que tiene el poder público como representante de la sociedad de no otorgar rehabilitación al asesino o al vejador inclemente. Por consiguiente, se evidencia aquí que la reinserción social como sentido esencial de un sistema penitenciario moderno y humanitario, debe ser prerrogativa de aquéllos que no lastimaron en forma abominable a sus prójimos, mereciendo por ello una nueva oportunidad de coexistencia decorosa a través de la compurgación de una pena.

### 1.2.1. Inconsistencia ética de la compurgación perpetua.

Quienes proponen que el castigo pertinente para un criminal superlativo fuese la internación *ad perpetuum* se contradicen en un doble sentido. En primer lugar, contravienen la esencia readaptativa de la privación carcelaria de la libertad del modo en que se ha expuesto, ya que, por una parte, reconoce que el perpetrador así condenado no es reinsertable en la vida comunitaria legal pero, por la otra, optan por su reclusión permanente, lo cual vuelve ininteligible la finalidad de semejante decisión. Si lo que se busca es el sufrimiento del interno, se omite que las condiciones penitenciarias no están estructuradas en el derecho internacional vigente para infligir disciplinamiento severo o restricción de prerrogativas, sino precisamente para reintegrar a la vida social al infractor bajo una restitución fiduciaria de su comportamiento. Aquí de poco vale esgrimir el deterioro *de facto* de numerosas instituciones de internación incumbentes, pues si tal deterioro fuese un argumento en el sentido de que efectivamente sufre mucho el interno de lo que estaríamos hablando sería de una abdicación del poder público en cuanto a su deber de garantizar la administración impecable de tales recintos. Por otra parte, procurar que el interno sufra estaría propiciando una venganza extrajudicial, donde alcaldes y custodios venales solaparían los ajustes de cuentas y las privaciones ilegales, o bien otros internos harían las veces de verdugos del verdugo.

¿Sería esto un argumento éticamente aceptable? ¿No equivaldría este tipo de razonamiento al de una justicia de linchamiento auspiciada desde el estado? Infiero que no hay sustento ético para la cadena perpetua en el caso de criminales supremos. La contradicción insuperable es que se admite que hay un tipo criminal no reincorporable a la sociedad legal por lo que, descartándose el argumento de la venganza intramuros en el recinto carcelario por su inmoralidad evidente como arbitrariedad del poder público, sólo resta el otorgamiento de derechos a un individuo que es socialmente abominable. Todo esto, claro está, en menoscabo y total menosprecio por la víctima.

En segundo lugar, se puede aducir que la reclusión perpetua permitiría al criminal atroz la reconciliación con principios de respeto y reconocimiento de la dignidad de sus semejantes conduce a un ámbito de intimidad emotiva desde la que – en la mejor expectativa –, se propiciaría la sensibilización moral tal sujeto. Hegel plantea que la pena que se impone al infractor hace que éste sienta “la destrucción de su propia vida” (“die Zerstörung seines eigenen Lebens”<sup>4</sup>), y en ese sentido “una nostalgia por su esencia perdida” mediante el crimen perpetrado (“eine Sehnsucht nach dem verlorenen werden”<sup>5</sup>). Empero, como habremos de ver más adelante, el argumento hegeliano no significa que tal conciencia de menoscabo ontológico en el criminal lo exima del castigo conducente.

---

<sup>4</sup> Trías, Eugenio, *El Lenguaje del Perdón*, Ed. Anagrama, 1981, p.34.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

De igual manera puede aducirse que los casos de no arrepentimiento e incluso de vanagloria por el daño causado a inocentes forman parte de la casuística judicial de los crímenes atroces<sup>6</sup>. En última instancia, la forma en la que el perpetrador asuma el hecho es una cuestión contingente y subjetiva que no modifica un ápice la comisión objetiva del acto repugnante irresarcible con otro valor que no sea la vida el verdugo. Porque ninguna lamentación ni exhibición de patetismo restituyen la integridad fatalmente vulnerada de la víctima y la vida comunitaria no puede preservar su fortaleza y cohesión moral si la ejecución legal del perpetrador no acontece. Kant dice al respecto:

“...si la sociedad civil llegase a disolverse por el consentimiento de todos sus miembros, como si, por ejemplo, un pueblo que habitase una isla, si decidiese abandonarla y dispersarse, el último asesino detenido en una prisión debería ser muerto antes de esta disolución, a fin de que cada uno sufriese la pena de su crimen, y que el homicidio no recayese sobre el pueblo que descuidase el imponer ese castigo; porque entonces podría ser considerado como cómplice de esta violación pública de la justicia”<sup>7</sup>.

En este texto cobra todo su vigor el sentido fundamental de la justicia retributiva, el cual estriba en la obligación moral con la víctima, que es la de no dejar impune el crimen, ni tampoco degradar su inmoción sin derecho ni defensa tutelando la vida de su verdugo. Es evidente que tratándose de asesinato o de crimen atroz en otras modalidades (pederastia, violación, secuestro vejatorio con ejecución incluso pagado el rescate, inducción de menores a la esclavitud sexual o a la toxicomanía, por mencionar tipos delictivos suscitadores de conmoción y zozobra social), la retribución conduce siempre a un problema de imperativo de equidad entre el daño irreparable (gratuito, alevoso, etc.) infligido y la penalidad conducente, a fin de evitar el ejercicio de derechos al perpetrador, toda vez que quedó debidamente acreditada su responsabilidad incontestable. Es decir, en última instancia, la justicia retributiva sólo se explica como equilibrio en la distribución de derechos.

### **1.3. La justicia retributiva como fundamento ético de la pena capital.**

La importancia de la justicia retributiva para la definición de una política criminal consistente es que incorpora principios éticos en relación con la pertinencia de la pena capital respecto de los casos de crimen atroz. Estos son los principios de equidad y proporcionalidad. Las nociones involucradas impiden la derivación del tema hacia posturas ajenas a este núcleo de fundamentación. Desde esta perspectiva, el castigo supremo que conduce a privar de la vida a un determinado criminal obliga a plantearse por qué no habría de admitirse la figura de conmutación de la pena por otro tipo de castigo que no conllevara el poner

---

<sup>6</sup> La casuística de criminales atroces, cuyos actos letales premeditados e implacables con cabal sustento probatorio criminalístico, aparece como referencia en el Capítulo 2 de este trabajo. Véase cita 77.

<sup>7</sup> Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Ediciones Espuela de Plata, 2004, p. 174.

término a la existencia del individuo criminal en cuestión. La gravedad de ciertos casos hace éticamente incongruentes opciones compensatorias menos drásticas, so pena de incurrir en una inconsistencia jurídica en cuanto al otorgamiento de derechos. Por consiguiente, la pena capital como una práctica judicial legal se sustenta en la justicia retributiva como un método de restitución de la igualdad entre el daño irreversible y el único castigo equiparable, el cual estriba en la exigencia de la no tutela de la vida del criminal atroz. Lo que la justicia retributiva establece es que la ejecución sin derecho de un tercero que no hubiese agredido a su verdugo ni gozado de posibilidad alguna de evitar el desenlace llevado a cabo por éste sólo encuentra la restitución de la equidad y la proporcionalidad – como principios éticos irrenunciables – en la ejecución legal del perpetrador.

Es fundamental elucidar al respecto que una política criminal éticamente impecable debe establecer con rigor conceptual el elenco de tipos delictivos que, independientemente del modelo social, generan en quien conoce de los mismos la obligación de reivindicación de la víctima inocente. El asesinato, la mutilación de alguien privado de la libertad, la saña para despreciar con el lenguaje y los actos vejatorios a quien se ha sometido arteramente, la violación de menores, la esclavitud y la trata de personas por codicia y lucro, son ejemplos de conducta irrecuperable en términos de una restitución de condiciones de convivencia fiduciaria en ámbitos colectivos ordenados cívicamente. Algo se subleva profundamente en nuestras conciencias respecto de determinados crímenes de manera que el consentir en la salvaguarda legal de la vida de sus ejecutores disuelve nuestro deber de garantizar que la impunidad no se imponga. Lo que no se entiende ni se justifica es que la defensa a ultranza del castigo carcelario equivalga a impartir justicia.

Quien causa la muerte a otro sin que haya habido necesidad de defenderse contra una amenaza inminente o una agresión de índole letal, ejercitando sobre ese tercero la premeditación y la ventaja, hace que no sea aceptable ni plausible conservar la protección jurídica de su vida. La internación penitenciaria debe seguirse concibiendo – como ya se adujo antes – como una posibilidad viable de rectificación y de eventual recuperación de una vida honesta entre semejantes, cuya integridad exigirá respeto cabal de aquél que haya recuperado su derecho a ser de nuevo miembro de la sociedad legal.

Por lo anterior, el hecho de que un hombre asesine a otro supone, desde una perspectiva éticamente viable de la pena capital como un caso de justicia distributiva, que hay un ejecutado sin derecho que no tuvo posibilidades de defensa, que tampoco propició de manera alguna la agresión letal contra su persona, esto es lo que en términos de derecho penal se entiende por “víctima inocente”. Hay contextos en los que la víctima pudo haber actuado imprudencialmente o haberse erigido en el agresor directo (un criminal que sea ultimado al tratar de vulnerar a un tercero, en virtud de que este último se defiende y lo mate, o un individuo ofensivo que por su conducta provocadora e

intimidatoria reciba una golpiza y fallezca) que pudiesen justificar legalmente el homicidio bajo el derecho de legítima defensa, y en este sentido acreditarse la “exclusión de delito”. Asimismo, la figura del homicidio imprudencial podría suscitar la posibilidad jurídica de conmutación y no ameritar la pena capital. Pero quiero dejar en claro que no es de los problemas que plantean estas clases de casos de los que me ocupo en este trabajo. Mi tema es cuál sea el castigo justo para el crimen mayor, concíbale como se le conciba.

Es importante resaltar que mientras que la justicia distributiva invoca principios éticos como la equidad y la proporcionalidad, los cuales confieren sustento a la práctica judicial de la pena capital en los casos de asesinato y de crimen atroz (cuya taxonomía depende de la sensibilidad comunitaria frente a ciertas vejaciones intolerables contra la dignidad de la persona, lo que Hegel denomina “das allgemeine Gefühl der Völker”<sup>8</sup>), las objeciones abolicionistas más serias lo más que aciertan a interponer es la inservible idea de la sacralidad de la vida. El problema es que tal solemnidad retórica no resuelve la obligación ética de no propiciar la inequidad y la desproporcionalidad en las atribuciones de prerrogativas al criminal respecto de la víctima, cuando el primero no es ejecutado legalmente, permitiéndosele su acreditación como sujeto jurídico penitenciario. La pena de muerte suscita un enorme recelo y objeciones de carácter dogmático bajo el imperativo de ‘no matarás’, sin que esto sirva en lo más mínimo para rechazar su congruencia retributiva en términos de castigo vicario por la víctima inocente.

Ahora bien, ¿es aceptable hablar de castigo vicario en representación de la víctima inocente? ¿Es realmente esto lo que lleva a cabo la institucionalidad del *ius puniendi*? ¿Qué pasaría, por ejemplo, si la víctima inocente hubiese dejado un testimonio escrito en el que quedara estipulado que si bajo alguna circunstancia padeciese vejaciones indecibles a manos de un tercero, o si incluso se le impusiese una muerte agónica, otorgaría el perdón a su verdugo? ¿Seguiría teniendo fuerza ética el contravenir la voluntad del interfecto? Aquí el análisis nos lleva una vez más a la exigencia de restitución de equidad en el ejercicio de derechos desde la fuerza retributiva de la pena capital. El asunto es un asunto de derechos y de facultades, ni de caprichos humanos.

El perdón anticipado que una potencial víctima inocente pudiera conceder – incluso bajo instrumento notarial como en la hipótesis expuesta – a su futuro ejecutor inexorable o a su vejador crudelísimo, no bastaría para una exoneración ni moral ni legal. *A contrario sensu*, abonaría a la impunidad y a la tutela inmoral de la vida de su verdugo o su torturador. Es decir, la omisión de un deber restitutivo fundamental respecto del segador de una vida inocente conlleva una consecuencia de involucramiento en el crimen por parte de quienes conocen del

---

<sup>8</sup> Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, Zeno.org., Meine Bibliothek, &101, (193), Erster Teil, Das abstrakte Recht, Dritter Abschnitt, Das Unrecht, Zwang und Verbrechen: “El sentimiento general de los pueblos”.

mismo, saben de la responsabilidad inequívoca del perpetrador y optan por la decisión incorrecta.

Una colectividad que falta a la congruencia del *ius puniendi*, renuncia a sus valores cívicos, degrada la dignidad de la vida vivida con legalidad y respeto a los otros y, en virtud de institucionalidad de equidad en suelto, se sustrae a la impartición de justicia éticamente inobjetable. Hegel es categórico respecto de que la superación del acto criminal (*das Aufheben des Verbrechens*<sup>9</sup>) reside inequívocamente en el castigo como “retribución” (*Wiedervergeltung*<sup>10</sup>), concebido éste como “vulneración de la vulneración” (*Verletzung der Verletzung*<sup>11</sup>), infligida en primera instancia por el ejecutor del daño ilegal. Castigar es devolver al perpetrador los efectos lesivos que causó en un tercero, en distintos casos bajo la figura de equivalencia cuantitativa (posibilidad de multa o compurgación), pero siempre y cuando no se rebasen ciertos límites de lesividad. Un orden legal éticamente sustentado en la racionalidad de los sujetos jurídicos tiene el derecho de imponer vulneración capital al infractor homicida, en tanto éste viola deliberadamente una norma fundamental de equidad, que es un universal respecto de la voluntad del otro:

“Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht ... sondern sie ist auch ein Recht an den Verbrecher selbst, d. i. in seinem daseienden Willen, in seiner Handlung gesetzt. Denn in seiner als eines vernünftigen Handlung liegt, daß sie etwas Allgemeines, daß durch sie ein Gesetz aufgestellt ist, das er in ihr für sich anerkannt hat, unter welches er also als unter sein Recht subsumiert werden darf”.<sup>12</sup>

Como puede fácilmente apreciarse, son aquí fundamentales los conceptos hegelianos de vulneración (*Verletzung*) y de acto racional (*vernünftige Handlung*) en lo que se refiere al perpetrador criminal, en virtud de que determinan que no se trata de un sujeto infractor accidental, sino de un ente en ejercicio cabal de sus facultades intelectivas para aniquilar la integridad del otro. En este sentido, el que el criminal sea vulnerado en su vida significa restituir la fuerza moral de la norma reconocida por él en tanto ente racional y luego negada por su acción antijurídica irreparable.

### **1.3.1. La pena de muerte como aspecto penal sustantivo de la virtud cívica.**

---

<sup>9</sup> Ibid, (192)

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibid, &100 (190), Erster Teil, Das abstrakte Recht, Dritter Abschnitt, Das Unrecht, Zwang und Verbrechen. “La vulneración que le acaece al criminal no es sólo de suyo justa,...sino que la misma es un derecho impuesto al propio criminal, es decir, en su voluntad y en su acción. Pues en la índole racional de dicha acción se contiene lo universal, que a través de la misma instaura una ley a la que el criminal ha reconocido, y bajo la cual y bajo su derecho éste queda subsumido”.

Lo encomiable del argumento kantiano es que exige la virtud de los miembros de la sociedad civil como un aspecto insoslayable de su deontología penal. Esto es pertinente destacarlo, teniendo en cuenta que el antagonismo contemporáneo a la pena capital se sustenta en una de sus vertientes en la degradación institucional del estado. Sin embargo, lo único que este tipo de impugnaciones ponen de relieve es que la práctica legal de la pena capital en última instancia competiría sólo a pueblos con un alto sentido de respeto a la vida de terceros. Sistemas políticos en los que la venalidad generalizada de los funcionarios públicos y la trivialidad y el descomedimiento de sus integrantes respecto de la legalidad y el deber de interacción honesta en las distintas gestiones cotidianas se acepten como factores fatales de la conformación social, evidentemente convertirían al castigo supremo en un medio más de su descomposición colectiva.

Aristóteles plantea una pregunta central en relación con la πόλις, cuando inquiere sobre “en qué sentido ha de determinarse que la ciudad es una” (“πότε δεῖ νομίζειν μίαν εἶναι τὴν πόλιν;”)<sup>13</sup> y la respuesta que da es que tal unidad del ámbito de coexistencia cívica por excelencia emana de una especie de raíz unitaria, es decir, de “cierta noción de comunidad” (εἶπερ γὰρ ἔστι κοινῶν τῆς πόλις)<sup>14</sup>. Aquí es fundamental entender no sólo la lengua y las costumbres de conducta aceptable y regulada, sino un tipo de régimen – el más plausible a su juicio - donde “gobiernen los libres” (“οἱ ἐλευθεροὶ κύριον”)<sup>15</sup>, y donde “el tipo de autoridad se defina por regir a semejantes por género y (de nuevo) por su índole de libres” (“ἔστι τῆς ἀρχῆς καθ’ ἣν ἀρχεῖ τῶν ὁμοίων τῶ γενεῖ καὶ τῶν ἐλευθέρων”)<sup>16</sup>. Esta democracia de ciudadanos que mantengan una equidad en la “participación de los cargos públicos y los juicios” (“μετέχειν κρίσεως καὶ ἀρχῆς”), y que se abstengan del vicio de la codicia y la “desmesura” (“πλεονεξία”)<sup>17</sup>, nos remite a una especie de colectividad en la que la honorabilidad del comportamiento personal permite definir sin ambages lo que son los tipos de conducta imperdonables.

El ejemplo es *ad hoc* para nuestra argumentación, pues ilustra la importancia de la observancia generalizada de un concepto claro de virtud cívica como el referente para ejercer castigos como la pena capital en los casos en los que se atente en forma grave contra la comunidad honorable de que se trate. Kant es igualmente exigente en cuanto a la relación con el otro, pues la dignidad racional de éste no admite que se le mediatice en sentido alguno:

“Das moralische Gesetz ist heilig (unverletzlich). Der Mensch ist zwar unheilig genug, aber die Menschheit in seiner Person muss ihm heilig sein. In der ganzen Schöpfung kann alles, was man will, und worüber man

<sup>13</sup> Aristotle, *Politics*, The Loeb Classical Library, Harvard University Press, London, MCMXLIX, Book III, 1276a20.

<sup>14</sup> Ibid, 1276a40.

<sup>15</sup> Ibid, Book IV, 1290b.

<sup>16</sup> Ibid, Book III, 1277b10.

<sup>17</sup> Ibid, 1275a20.

etwas vermag, auch bloss als Mittel gebraucht werden; nur der Mensch, und mit ihm jedes vernünftige Geschöpf, ist Zweck an sich selbst. Er ist nämlich das Subjekt des moralischen Gesetzes, welches heilig ist, vermöge der Autonomie seiner Freiheit”<sup>18</sup>.

Tanto Aristóteles como Kant coinciden en que la vida digna estriba en la no vulneración de las prerrogativas ontológicas de los demás, y por ende en la observancia de una actitud racional y sensata que permita una coexistencia equitativa en cuanto al respeto interpersonal. Si la posibilidad de conducirse comunitariamente de esta manera es negada, entonces no hay sociedad ética viable. Lo que hace el infractor avieso e implacable en el daño que inflige a un inocente – en el contexto que se viene exponiendo - es negar precisamente dicha posibilidad, y se erige por ende en una voluntad que decide a su arbitrio sobre la vida de los otros.

Es cierto que Aristóteles excluye de la condición de hombres libres a los esclavos, a quienes categoriza como tales por naturaleza, y que disminuye la condición racional de la mujer, lo cual no suscribo por supuesto. Empero, su argumento es válido y pertinente haciendo esta acotación. La desacralización de la esencia humana como ámbito racional de los fines que llevaría a cabo el acto criminal bajo la figura del asesinato – que es el referente emblemático del delito atroz para Kant – no anula la exigencia del deber como imperativo de no vulneración de la subjetividad de un semejante en tanto “creatura racional” (vernünftige Geschöpf <sup>19</sup>). Antes bien, lo que un crimen tal evidencia es que estamos ante una falta irreparable contra un ámbito de racionalidad que no puede permanecer quebrantado, y que por ende ha de efectuarse un acto retributivo respecto del perpetrador, el cual sólo puede justificarse éticamente con la supresión de la propia existencia de éste. Aquí estamos de nuevo frente a una concepción virtuosa de la relación entre personas, donde no puede perdonarse nada que atente contra su integridad ontológica.

#### **1.4. Los tratados internacionales abolicionistas: el dogma de un derecho sin deber de reciprocidad y el malentendido de la obligatoriedad *ad perpetuum*.**

Los tratados internacionales que proponen la abolición de la pena de muerte invocan el derecho a la vida como una garantía que no conlleva obligación de reciprocidad en cuanto a su respeto irrestricto en otros, cuando no hay motivo de defensa ante una amenaza inminente o un acto doloso y de alto riesgo contra la propia integridad. Incluso, cabe decir que hay una imposición dogmática ínsita en

---

<sup>18</sup>Kant, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1990, Erster Teil, I, Buch 3, Hauptstück, (155-156), p. 102: “La ley moral es sagrada (inquebrantable). “El hombre es en verdad bastante profano, pero la humanidad en su persona debe serle sagrada. En toda la creación, lo que se quiera y se pueda ha de usarse como medio. Sólo el hombre, y con él cualquier creatura racional, es capaz de la autonomía de su libertad”.

<sup>19</sup>Ibidem.

la lógica del Parlamento Europeo. En octubre de 2007, Hans-Gert Pöttering, a la sazón presidente de ese cuerpo colegiado, afirmó en reunión plenaria: “Die Todesstrafe ist eine schwere Verletzung der Menschenrechte und zuallererst des Rechts auf Leben. Im Namen des Europäischen Parlaments möchte ich an dieser Stelle daher unser unnachgiebiges Engagement im Kampf gegen die Todesstrafe betonen”<sup>20</sup>. Su aseveración, como resulta evidente, establece sin ningún matiz conceptual o explicativo, que la pena capital significa un daño grave a los derechos humanos, y de manera específica al derecho a la vida. No hay, sin embargo, ninguna argumentación adicional. Acto seguido, habla de una guerra contra este castigo.

La retórica hueca de este tipo de postura carece por completo de fuerza ética. Para empezar, omite mencionar el crimen atroz, que es el que *ex profeso* confiere pertinencia a la necesidad del castigo supremo respecto del homicida o el vejador despiadados, y aduce una vulneración a garantías fundamentales sin ninguna reflexión ni consideración sobre el daño ilegal infligido a un tercero indefenso. Este contexto, en el que de manera palmaria el vulnerador delictivo ejerce una ventaja artera sobre la víctima (pensemos, por ejemplo, en el caso en el que la víctima es un niño, digamosde, digamos, de cinco años), se halla por completo ausente de la ininteligible declaración de Pöttering. Porque lo que de suyo preconiza es un derecho sin obligación ni respeto a las personas con las que se coexiste.

De consuno con esta defensa de una tutela de la vida a ultranza, en la que al sujeto beneficiario no se le exige benevolencia y sensatez respecto de sus semejantes, para conservar tal salvaguarda esencial la Organización de las Naciones Unidas<sup>21</sup> y organismos no gubernamentales como Amnistía Internacional<sup>22</sup> exigen la erradicación de la pena capital de los sistemas penales actuales, sin otro argumento que el imperativo de no causar la muerte a otro. El Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1989<sup>23</sup>, que se utilizó para la expurgación de la figura de pena de

<sup>20</sup> Consúltense en internet “*Erklärung des Präsidenten über die Todesstrafe – Plenarsitzung am 10. Oktober 2007*”: “La pena de muerte es una grave vulneración a los derechos humanos y sobre todo al derecho a la vida. En el nombre del Parlamento Europeo quisiera resaltar en este recinto nuestro compromiso incondicional en la lucha contra la pena de muerte”.

<sup>21</sup> *La Declaración Universal de Derechos Humanos* del 10 de diciembre de 1948, establece en su Artículo 3 que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Sin embargo, no conlleva en absoluto un imperativo abolicionista. Este hecho es significativo, porque entonces cabe preguntar cómo es que el viraje impugnador de la pena capital dos décadas después omite referirse a esto. Porque la ética en tanto fuente de principios de equidad y proporcionalidad que den sustento a la justicia en términos de retribución inobjetable en tratándose del crimen atroz, no está sujeta a coyunturas políticas convenientes o a opiniones en contrario de dichos principios apodícticos. Objetar éstos sería enarbolar entonces la inequidad y la desproporcionalidad.

<sup>22</sup> Los congresos abolicionistas de esta organización impugnan invariablemente procedimientos judiciales deficientes y señalan el deterioro de sistemas penales de gobiernos autoritarios, donde el poder público llega a ser un medio de venganza del gobernante. Empero, tal tipo de argumento no alude en absoluto a la raíz ética de la justicia retributiva. Véanse los textos de los Congresos Mundiales contra la Pena de Muerte: Estrasburgo (2001), Canadá (2004) y París (2007), auspiciados por Amnistía Internacional.

<sup>23</sup> *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, bajo la Resolución 44/128 del 15 de diciembre de 1989, aprobada por la Asamblea General de Naciones

muerte del texto constitucional de nuestro país<sup>24</sup>, es tributario de esta dogmática contemporánea impulsada por la lógica europea de democracia de vanguardia, donde lo que se invoca es la tutela irrestricta de un derecho sin contraparte, esto es, sin obligatoriedad alguna. El instrumento en cuestión asevera apodícticamente que “la abolición de la pena de muerte contribuye a elevar la dignidad humana y a desarrollar progresivamente los derechos humanos”<sup>25</sup>. No hay, sin embargo, ninguna argumentación en contra de la idea de que la dignidad humana podría verse fatalmente vulnerada en virtud de excluirse la pena capital de los códigos penales. ¿Acaso que el ultrajador inexorable quede descartado como ente de conducta altamente lesiva al suprimirse este castigo conspira a favor de la dignidad humana, de la de una víctima inocente, por ejemplo? ¿Qué acaso se nos estaría hablando de ordenamientos sociales en los que no volvería a presentarse jamás la tipología criminal atroz y donde la sevicia y la perversión habrían quedado erradicadas por completo y definitivamente? ¿Qué índole de método de socialización podría ser garante de tal telos de acción íntegra y benevolente en todos los casos?

El mentís a esta supuesta progresión de perfeccionamiento de la sensibilidad moral de las colectividades a partir de programas educativos y sociales viables y de una idea sesgada de rehabilitación a ultranza brota simplemente del hecho de que el perpetrador implacable puede actuar en los ámbitos comunitarios más inopinados, al tiempo que no descarta en su perfil caracteriológico una inteligencia y un nivel económico satisfactorios. Estamos hablando de la proclividad racional, meditada y por ende deliberada, a causar daños irreparables en otros, un fenómeno cuya recurrencia no se interrumpe ni está supeditado a resultados de estadística criminal. En este sentido, el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protocolizado en Costa Rica en 1969<sup>26</sup>, es sin duda congruente y sobrio respecto del escueto y trivial Protocolo referido. Reconoce la práctica legal de la pena capital en las naciones donde tal procedimiento no ha sido abolido<sup>27</sup>, y aunque es exhortativo en cuanto a su supresión penal, no prejuzga sobre su pertinencia ni esgrime explícitamente una supuesta evolución edificante de la dignidad humana a partir de su abandono judicial. Sin embargo, hay que señalarlo, conlleva una contradicción, la cual estriba en pretender imponer que en los países donde la pena capital quedara abolida ya no podría volver a instituirse<sup>28</sup>. Sobre este aserto haré una elucidación

---

Unidas. Sin que haya ningún indicio abolicionista en el artículo 3 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948 ni en el espíritu general de dicho texto, este instrumento lo evoca como presunto fundamento para suprimir la pena capital. De nuevo, este tipo de documentos aseveran sin demostrar.

<sup>24</sup> La derogación del último párrafo del Artículo 22 constitucional se incluyó en la Gaceta Parlamentaria número 1071, año V, del 23 de agosto de 2002, y el 9 de diciembre de 2005 se publicó en el Diario Oficial de la Federación.

<sup>25</sup> *Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, Resolución 44/128.

<sup>26</sup> *Convención Americana sobre Derechos Humanos* suscrita en la *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos*, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

<sup>27</sup> *Ibidem*, Artículo 4.2.

<sup>28</sup> *Ibidem*, Artículo 4.3.

*ex profeso*, una vez referidos otros puntos del instrumento que son dignos de mención. El texto advierte contra la arbitrariedad en la imposición del castigo y aconseja que sólo se prevea para los delitos de máxima gravedad “en cumplimiento de sentencia ejecutoria de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca la pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito”<sup>29</sup>. Es decir, invoca los principios jurídicos de *nulla poena sine lege* (ninguna pena sin ley) y de no retroactividad del *ius puniendi*. Asimismo, plantea que no signifique la consigna de una venganza política, que no se inflija a menores de edad, ancianos o mujeres en estado de gravidez<sup>30</sup>, y que se respete la dignidad de quien fue sometido a un proceso de esta índole. Esto último exige que la confesión no sea consecuencia de coacción judicial alguna<sup>31</sup>.

Las admoniciones pergeñadas por la Convención incumbente son esclarecedoras del contexto de legalidad impecable que debe determinar a todo proceso judicial de pena de muerte y marcan con fuerza inequívoca que no se trata en absoluto de un ajuste de cuentas o de algún tipo de venganza en contra del criminal atroz. Porque precisamente la racionalidad criminal – a la que como vimos con acierto alude Hegel – es lo que realza la índole de persona del verdugo. Independientemente del repudio que suscite en nosotros su acción, es tal aptitud intelectual lo que hace posible juzgarlo como sujeto jurídicamente imputable. En este sentido, la ética que debe imperar en la práctica legal de la pena capital proscribía vejar o torturar al infractor o negarle su derecho a la defensa y a la confutación de sentencia.

#### **1.4.1. Las salvedades al *ius cogens* en virtud del principio *stantibus sic rebus*.**

Deseo sostener que la Convención Americana se equivoca al enunciar como irrefragable la obligatoriedad de las naciones que decidiesen abolir la pena de muerte. Si bien es cierto que el *ius cogens* plasmado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969<sup>32</sup> como exigencia plena de cumplimiento de los tratados bajo el principio de *pacta sunt servanda*<sup>33</sup> confiere a los acuerdos internacionales la fuerza que debe serles inherente, ningún pacto contraído podría sobreponerse a un acto soberano. Es por ello que en el propio instrumento se prevé la revocación de un pacto bajo el principio de *stantibus sic rebus*<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Ibidem, Artículo 4.1.

<sup>30</sup> Ibidem, Artículo 4.5.

<sup>31</sup> Ibidem, Artículo 8.3

<sup>32</sup> *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 1969.

<sup>33</sup> Ibid, PARTE III, SECCIÓN PRIMERA, Artículo 26.

<sup>34</sup> El principio de *stantibus sic rebus* (“estando así las cosas”) permite situar a los tratados en un contexto de supeditación circunstancial en lo referente a su cumplimiento. Es decir, un tratado está investido de obligatoriedad siempre y cuando las condiciones que propiciaron su formalización no se hubiesen alterado sustantivamente.

Al respecto, la lógica jurídica invocada se refiere a que si se produjese un cambio fundamental respecto de las circunstancias que hubiesen prevalecido al momento de formalizarse el acuerdo – no previsto por las partes – se estaría concurrentemente ante un cambio sustantivo de las obligaciones estipuladas. Aquí son dos los criterios de aplicación, a saber:

- “a) la existencia de esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado, y
- b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado”<sup>35</sup>.

En el caso de la pena capital, que es el que nos incumbe, si los ciudadanos de una nación determinan que por un deber ético insoslayable hacia la víctima inocente esta modalidad del *ius puniendi* constituye un aspecto sustantivo de su conformación cívica, la anulación del tratado abolicionista que se hubiese protocolizado tendría que llevarse a cabo. Tal pronunciamiento, sustentado en la exigencia de equidad en el ejercicio de derechos que el perpetrador doloso e implacable no respetó en el tercero que ejecutó sin justificación plausible, haría patente un acto de soberanía irrecusable, respecto del cual ningún pacto podría ejercer obligatoriedad. Asimismo, la esencia ética de una decisión ciudadana como la aquí enunciada es un aspecto que se encuentra ausente de los contenidos de los instrumentos abolicionistas, pues éstos impugnan la pena de muerte no en virtud de su falta de pertinencia, sino más bien excogitando una casuística de deterioro institucional. Es evidente que una aseveración rotunda como el no infligir la muerte a otro, sin contextualizar debidamente el problema en términos de equidad y proporcionalidad en el ejercicio de derechos en los casos de crimen atroz, no alcanza a justificarse éticamente, sino que sucumbe a su irrenunciable obcecación.

### **1.5. Principios éticos de justicia retributiva y la argumentación abolicionista empírica de inconsistencias en la praxis judicial.**

Mientras que la justicia retributiva sí define un contexto ético y honra a la víctima inocente a través de la ejecución legal del perpetrador, el abolicionismo – además de la dogmática referida – se pierde en objeciones de índole emotiva o visceral, pretende convencer con la indignación, impugnando prácticas de autoridad que sin duda alguna son reprobables, como actos de venalidad, coacción confesional, tortura, fabricación de delitos, etc. Empero, y este es el punto importante, no contrapone ninguna argumentación a la exigencia de equidad y proporcionalidad estipulada por la justicia retributiva.

Al margen de que la praxis judicial esté plagada de insuficiencias y turbiedades, pero ello no socava el valor de la justicia retributiva como fundamento ético de la pena capital. Incluso si partiésemos de la hipótesis de que

---

<sup>35</sup> Ibid, PARTE III, SECCIÓN TERCERA, Artículo 62.

la depuración de los sistemas penales fuese de un acendramiento inobjetable, la pregunta que seguiría presentándose de manera inevitable cada vez que enfrentásemos la comisión de un crimen atroz sería la de determinar cuál es nuestro deber de ejercicio del castigo conducente en tratándose de verdugos que exhiben un total desprecio hacia la dignidad de sus víctimas. La cuestión es una vez más de responsabilidad moral respecto de la persona inocente vulnerada fatal e inexorablemente por su ejecutor, algo esencial a la cuestión y que el abolicionismo omite por completo.

El establecimiento de procedimientos judiciales adecuados es algo que depende del modelo social que se haga prevalecer, lo mismo que de las exigencias de probidad y profesionalización en la investigación criminal y los fallos tribunales. Por consiguiente, no resulta sostenible aducir las insuficiencias procesales o las venalidades de funcionarios como una objeción casi fatídica a la pertinencia ética de la pena capital en tratándose de actos atroces contra la dignidad humana. El concepto de “juicio de garantías” – perfectamente inteligible en el derecho internacional - basta por si solo para zanjar este tipo de banales objeciones abolicionistas, pues queda claro que la impecabilidad en la indagación probatoria es de suyo factible si hay la acuciosidad para ello.

### **1.6. Omisión metodológica del derecho penal minimalista en cuanto al tipo del criminal atroz.**

Cuando un autor de enfoque penal lenitivo como el jurista Luigi Ferrajoli plantea la pregunta de por qué castigar y habla del poder público como de una instancia que encarna “aquella violencia organizada y programada que es la pena contra un ciudadano inerme”<sup>36</sup>, caracteriza *a priori* al perpetrador de un acto criminal como una víctima potencial e inocente del estado. Desde su perspectiva minimalista del derecho penal, él argumenta que en el castigo infligido a un delincuente “más allá del máximo bienestar posible para los no desviados, hay que alcanzar también un mínimo malestar para los desviados”<sup>37</sup>.

Empero, es evidente que el criminal atroz no es un simple infractor al que desde una metodología readaptativa pudiese reinsertársele en la vida comunitaria, ni tampoco se trata de un sujeto que actúe de manera inerme, es decir, sin armas letales contra la víctima, o que se detenga en su obsesión depredadora en virtud de algún atisbo de sensibilidad moral. Contrario a esto, el criminal atroz somete, reduce a la impotencia, veja en numerosos casos. Es imprescindible delimitar el ámbito de aplicación de la pena capital a este tipo de delincuente, con objeto de evitar las anfibologías y la sofística que las mismas conllevan. Es decir, no estamos hablando de un delincuente del que pueda sostenerse que es una víctima

---

<sup>36</sup> Ferrajoli, Luigi, *El Derecho Penal Mínimo*, (trabajo publicado en “Prevención y Teoría de la Pena”; Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995, pp.25-48), p.32.

<sup>37</sup> *Ibid*, p.33.

de un sistema penal o de un modelo político autoritario donde campee la arbitrariedad del gobernante.

El criminal atroz no actúa ni en legítima defensa ni por un impulso intempestivo, y la casuística sobre su modus operandi prueba sobradamente que es proclive a repetir sus actos de vulneración hasta la saciedad, que es capaz de solaparse bajo el cariz de una persona respetable y obediente de la legalidad vigente. Es por ello que su condición no es de indefensión ante una violencia injusta del poder público, sino contrario a esto encarna un factor de intimidación recurrente en los ámbitos colectivos donde habita. Es un individuo que conoce perfectamente las reglas sociales, las usa en su favor, su conducta exhibe racionalidad en sus actividades cotidianas y cuando ejecuta a sus víctimas lo hace con estudiada ventaja y determinación de los escenarios.

### **1.6.1. Inconsistencia ética del derecho penal minimalista.**

En este tenor, la pregunta que Ferrajoli no contesta es si es éticamente consistente hablar de este tipo de criminal como de alguien “rehabilitable” o “reeducable”. De hecho, no responde con rigor a su propia pregunta y afirma simplemente que “un sistema penal está justificado si y únicamente si se minimiza la violencia arbitraria en la sociedad”<sup>38</sup>. Empero ¿cuál es la obligación punitiva del poder público cuando, al margen del nivel de abatimiento delictivo de una sociedad, se presenta el acto criminal atroz? Al respecto no hay ninguna respuesta ética desde la perspectiva penal minimalista; antes bien lo que se evidencia es un silencio cómplice en cuanto a la deontología judicial y social en relación con la persona vejada y ultimada inexorablemente.

Aquí el argumento es el siguiente: el concepto de “violencia arbitraria” socialmente estructurada en contra del delincuente se esgrime fuera de contexto. ¿Qué acaso no hay una violencia impuesta por determinados criminales al ciudadano obediente de la legalidad de la que su vida ordenada es partícipe? ¿Qué no hemos de diferenciar entre un régimen jurídico comunitariamente consensado en cuanto a las garantías y obligaciones fundamentales y la conducta criminal que busca socavarlo? ¿Qué la sociedad legal está desposeída del derecho de ejercer una violencia institucional para preservarse de los que con premeditación atentan contra sus principios? En el castigo conforme a norma y sustento en el respeto de derechos al infractor no hay arbitrariedad, sino equidad respecto del daño doloso.

### **1.7. Diferencia ética entre la ejecución legal y el asesinato.**

Hay una falacia muy socorrida que está ínsita en el abolicionismo en boga, que es la que aduce el argumento de que no se puede combatir el mal con el mal; cuando

---

<sup>38</sup> Ibid, p.39.

es evidente que el castigo en cualquier modalidad es infligirle un mal legítimo al que lo ha causado en otro. En lo que es nuestro tema, es fundamental. Este tema lo examinaremos en el siguiente capítulo en autores emblemáticos para el abolicionismo en boga. Empero, dejemos en claro de una vez por todas que, en las condiciones jurídicamente apropiadas, bajo ninguna circunstancia una ejecución legal podría ser equiparable al asesinato.

La razón salta a la vista: indefectiblemente la primera tendría que ser el resultado de una sentencia judicial colegiada derivada de un proceso judicial con plenas garantías, donde la índole inequívoca de las pruebas habría constituido un aspecto insoslayable de la sentencia. En un proceso judicial con estas características, el imputado ha de ver preservados todos los derechos inherentes a la dignidad de su personalidad jurídica, mismos que habrán de salvaguardarse después de pronunciada la sentencia condenatoria y, posteriormente, durante su ejecución y el trato ulterior de su cadáver. El respeto irrestricto hacia su persona y la no permisibilidad de vejación o tortura alguna respecto de su mente o su cuerpo, por ejemplo, son condiciones *sine qua non* de la impecabilidad y la cientificidad procesal. Esto se deriva de la concepción del sujeto jurídico aquí propuesta como persona racional y autónoma. Es evidente que el poder público no actúa vejatoriamente, cumple tan sólo una obligación de restitución de equidad. A diferencia del desprecio que para el criminal atroz representan la persona y el cuerpo de su víctima.

Como veremos más adelante en la exposición, resulta impresionante la ceguera de algunos autores abolicionistas que consideran que la ejecución de un criminal atroz se equipara a un abuso contra la vida humana. Según esta lógica todo delincuente – sin importar la gravedad de sus sangrientas acciones – termina en última instancia padeciendo un acto de extrema crueldad por parte de la sociedad. Lo absurdo de esto estriba en que de manera sesgada se erige el dolor del sentenciado a muerte como el único valor válido, desapareciendo como algo legítimo el frecuente deseo de los allegados de la víctima, y de la víctima misma cuando aún queda con vida, de que el agresor no goce de derecho alguno.

### **1.7.1. Sobre si la ejecución legal del sentenciado ha de ser pública o privada.**

La exposición de un suplicado en una plaza o en algún recinto multitudinario *ex profeso* inviste al momento de la ejecución de la gravedad que exige. Viene a corroborar la publicidad del juicio bajo las distintas diligencias de disquisición probatoria. Resulta un acto colectivo inobjetable, porque de lo que se trata es de hacer partícipe a una comunidad de que el sistema de justicia por el que su propia intersubjetividad ética se rige, es imparcial, moderado y técnico, y por ende fehaciente. Es decir, la ciudadanía tiene el derecho a estar presente para saber irrecusablemente que el infractor atroz no volverá a causarle daño. Publicitar la ejecución reviste un sentido moral en tanto permite una sanción comunitaria a un sentido de justicia en el que cree.

Es igualmente inevitable que en una ejecución pública se susciten reacciones de indignación o increpación al infractor. Mientras éstas no se traduzcan en daño físico al reo, son la expresión entendible de la ira colectiva ante agravios inauditos. No se olvide que hay un merecimiento inconfutable para que el criminal tenga que padecer dicho desenlace ¿Cómo entonces querer reprimir las emociones de rencor y de odio acérrimo entre los supervivientes de la víctima, por ejemplo? Un sistema judicial que no permite esta descarga catártica a sus ciudadanos, los priva de su derecho a despreciar al que menoscabo sus vidas. No se trata de ninguna confrontación, sino del último eslabón de una serie de acciones públicas

En una ejecución legal, técnicamente el perpetrador ya ejerció su derecho jurídico de defensa y de apelación, es decir, agotó recursos e instancias que la víctima implacablemente ultimada no tuvo. El asesinato sanguinario – por ejemplo - constituye un crimen atroz paradigmático, la ejecución judicialmente legal es una práctica de sustento técnico-pericial para dar solidez a una sentencia colegiada, resultado de un proceso probatorio inobjetable, que lleva a cabo un poder público. Por ende, la instrumentación y la constatación del deceso del sentenciado no debe atañer únicamente a los operadores del procedimiento y a los peritos forenses en cuestión, pues ello desestimaría la legitimidad última del testimonio cívico con su asistencia a la ejecución.

### **1.7.2. Importancia de la justicia retributiva para suprimir la proclividad a la venganza.**

Tiene razón Ferrajoli cuando estipula que “es verdad que la pena, históricamente, substituye a la venganza privada”<sup>39</sup>. Empero, como ya se refirió, no extrae las consecuencias conducentes de este aserto, a saber, que recae en el poder público la obligación de castigar honrando a la víctima del agravio atroz, a fin de evitar que tal deber retributivo lo lleve a cabo un particular en la persona de otro. En este sentido, se cumple la finalidad primordial del *ius puniendi*, a saber: “impedir o prevenir las reacciones informales al delito...la venganza de la sangre...en el linchamiento, en la represalia y similares; y la prevención general de la venganza pública que sería cumplida, en ausencia de derecho penal, por los poderes soberanos de tipo absoluto y despótico no regulados ni limitados por normas y por garantías”<sup>40</sup>.

El arbitraje judicial debe ejercerse con discernimiento e imparcialidad, las garantías procesales deben estar investidas de impecabilidad incontestable, no hay discrepancia al respecto. Empero, una vez que estas condiciones se satisfacen cabalmente y la imputabilidad del acto atroz queda sustentada: ¿cómo sustraernos a nuestra obligación moral de sancionar tal agravio irreparable con la pena capital? Ferrajoli sencillamente no plantea el escenario, en virtud de que en

---

<sup>39</sup> Ibid, p.34.

<sup>40</sup> Ibidem.

su teoría garantista el mismo no tiene cabida. Sin embargo, el tema de la venganza le preocupa directamente – como acabamos de ver –, el cual se cierne *bajo el* peligro de una respuesta social posible precisamente cuando el *ius puniendi* no se ejerce con pertinencia y solidez ética en tales casos. Pero el autor soslaya un razonamiento pertinente de esta índole, y en ello estriba la contradicción insuperable de su minimalismo penal.

### **1.7.3. La inconsistencia de considerar la potestad de justicia del estado como asesinato premeditado contra el procesado.**

No obstante los argumentos expuestos, hay autores como Norberto Bobbio y Albert Camus – como veremos en breve – que se han pronunciado en contra de la pena capital aduciendo que se trata de un asesinato frío del estado, incurriendo con ello en un lamentable paralogismo. Resulta inconcebible que en sus asertos omitan sin más lo que en la legislación penal es el derecho a la defensa legal y al respeto irrestricto del imputado en el goce de sus derechos procesales como persona jurídica, algo que constituye la esencia de la justicia retributiva tal y como se ha delineado en el presente trabajo. La diferencia entre el asesinato frío de un sujeto criminal y la ejecución legal desde la institucionalidad del estado es, pues, abismal. Por lo demás, es del todo improcedente para nuestro planteamiento pretender esgrimir la idea de que la ejecución legal no es más que la simulación de un ajuste de cuentas desde el poder político. Si bien la arbitrariedad del poder siempre puede aducirse, esto tiene que ver con el tipo de sociedad y de estado al que se aluda. Conceptualmente, tal arbitrariedad – como ya hemos argüido – no quebranta la solidez de la argumentación ética en favor de la pena capital, sino más bien ilustra la deficiencia de un tipo específico de ordenamiento comunitario.

Por supuesto que la pena capital no podría encontrar pertinencia ahí donde el poder público no garantice condiciones de técnica procesal probatoria inobjetable, algo muy vinculado a lo que debe comprender un “juicio de garantías” ya definido en la presente exposición. Incluso ha de considerarse con seriedad la información pormenorizada a la ciudadanía de la evolución de los procesos, requisito al que ya hemos aludido bajo la idea de publicidad de este tipo de juicios.

### **1.8. El desvirtuamiento de Bobbio de la postura platónica en relación con la pena capital.**

Bobbio esgrime inauditas falacias en relación con su impugnación de la pena capital bajo su caracterización de ésta como un acto anticipado y frío de vulneración por parte del poder público respecto del ejecutado, independientemente de que sea la consecuencia lógica de un procedimiento valorativo-pericial de la imputabilidad. A su juicio, no habría aquí justificación

moral en virtud de que no se trataría de una respuesta de legítima defensa de la vida, como ocurriría entre un agresor inminente y aquel que le impidiera lesionarlo letalmente. Por otra parte, la ejecución legal conlleva la intervención de personas autorizadas para causar la muerte al sentenciado:

“la condanna a morte in seguito a un procedimento non è più un omicidio per legittima difesa, ma un omicidio legale, legalizzato, perpetrato a freddo, premeditato. Un omicidio che richiede degli esecutori, cioè persone autorizzate ad uccidere”<sup>41</sup>.

¿Quiere esto decir que el asesinato implacable y premeditado o la vejación mutilatoria infligida con sevicia – por referir ejemplos ampliamente documentados de crimen atroz – no ameritarían el castigo supremo? Si el poder público otorga todas las garantías procesales al imputado para que pruebe su inocencia o se acredite su responsabilidad: ¿no cumple acaso precisamente con su función esencial de evitar la arbitrariedad y la discrecionalidad visceral como ocurriría en un ajuste de cuentas entre particulares? Es evidente que ejecutar a un criminal atroz significa ejercer violencia sobre su persona, es decir, llevar a cabo un acto de vulneración que a su vez niegue la vulneración por él ejercida respecto de un tercero inocente, como señala Hegel<sup>42</sup>. Y en este sentido es evidente que se requiere definir un método de ultimación del sentenciado con personal especializado para efectuar tal procedimiento. Empero, a diferencia de la crueldad y la indignidad con la que se conducen el asesino o el vejador, la obligación ética del poder público es respetar la integridad del condenado hasta el último momento e incluso garantizar el tratamiento cuidadoso del cadáver. Todo esto significa que se descartan la coacción o la tortura y que el procedimiento de supresión de la vida del reo reviste las condiciones técnicas óptimas para minimizar las posibilidades de agonía y sufrimiento. Ninguna de estas prevenciones las tuvieron, dicho sea de paso, el asesino o el vejador con sus víctimas.

Bobbio tergiversa a Platón haciendo creer que su tesis sobre la pena se ciñe a plantear sin excepción que ésta debe tener el propósito de volver mejor al sentenciado (“la pena deve avere lo scopo di rendere migliore”<sup>43</sup>). Esto es simplemente falso, pues lo que Platón sostiene es que hay ciertos delitos aberrantes que ameritan la pena capital en virtud de que quien los comete, habiendo recibido una παιδεία rigurosa y sólida, traiciona su educación y el sustento nutricional de su desarrollo como miembro de la πόλις sin justificación alguna. Éste es el que es capaz de las más grandes injusticias y actos execrables contra los dioses, los ancestros y la propia ciudad:

<sup>41</sup> Bobbio, Norberto, *Contro la pena di morte. Conferenza tenuta a Rimini il 3 aprile 1981 in occasione della VI assemblea nazionale di Amnesty International (Sezione Italiana)*, 10. Non uccidere. “La condanna a morte como resultado de un procedimiento, no es más un homicidio por legítima defensa, sino un homicidio legal, legalizado, perpetrado en frío, premeditado. Un homicidio que requiere de ejecutores, esto es, personas autorizadas para matar”.

<sup>42</sup> Véase cita 10.

<sup>43</sup> Bobbio, op.cit., 1. Nel corso dei secoli. “La pena deve tener como fin el volver mejor”.

“πολίτης δὲ ἂν τί ποτέ τι τοιοῦτον δρῶν ἀναφανῆ, περὶ θεοῖς ἢ περὶ γονέας ἢ περὶ πόλιν ἡδίκηκῶς τῶν μεγάλων τινὰ ἀπορρήτων ἀδικιῶν, ὡς ἀνίατον ἤδη τοῦτον ὄντα ὁ δικαστὴς διανοείσθω, λογιζόμενος οἷας παιδείας τε καὶ τροφῆς ἐκ παιδὸς τυγχάνων οὐκ ἀπέσχετο τῶν μεγίστων κακῶν”<sup>44</sup>.

Existe, pues, el trasgresor incurable (ανίατος)<sup>45</sup>, que traicionando sus propios principios formativos y el venero nutricio de su ciudad, conculca todo aquello que da sustento a una vida comunitaria solidaria y de reciprocidad. Para éste, el único castigo conducente es la pena de muerte como el menor de los males (δίκη δὴ τουτω θάνατος ελάχιστον τῶν κακῶν<sup>46</sup>). Se infiere que la gravedad del hecho perpetrado bien pudiese justificar toda suerte de suplicios para dicho infractor.

Para los propósitos del presente trabajo, el argumento platónico conlleva una interpelación importante: el derecho a la vida no puede concebirse como tal si en tal acreditación u otorgamiento aquél a quien se le reconoce la prerrogativa no se hace él mismo responsable de respetar el mismo beneficio en los otros, así como tampoco respeta los ámbitos regulatorios insoslayables de la comunidad a la que pertenece y en la que puede desenvolverse con dignidad.

Uno de los crímenes imperdonables para Platón es el “saqueo de los templos” (ιεροσυλία), en virtud de que pertenece a un ámbito de vida de suma importancia para la “ciudad” (πόλις), cuya cohesión y buena conducción dependen en gran medida de las deidades cívicas. Éstas se hallan investidas de potestades apotropaicas, es decir, mantienen los males alejados para que la vida comunitaria transcurra con ventura. Es por ello que en lo que respecta a este tipo de infractor, su impiedad debe ser expiada con su muerte, ya que sus acciones son atentatorias contra el fundamento legal del orden común:

“Τὸν ἱερόσυλὸν ποῦ ετίθεμεν δικαίως ἂν ἀποθνήσκειν καὶ τὸν τῶν εἰ κειμένων νόμων πολεμιον”<sup>47</sup>.

Es significativo que Platón utilice el adverbio δικαίως – de modo justo - para referirse a la ejecución del vejador y, por ende, al enemigo de las instituciones que hacen viable la coexistencia social. La responsabilidad de castigar al individuo que menoscaba gravemente la vida comunitaria – como en este caso de la reflexión platónica – no incumbe sólo al refrendamiento de las leyes, sino que

<sup>44</sup> Plato, *Laws II*, The Loeb Classical Library, London, William Heinemann New York MCMXXVI, (854E): “a un ciudadano que alguna vez abiertamente hiciese algo respecto de los dioses, de los ancestros o de la ciudad, tan infame como las grandes e indecibles injusticias, el juez ha de considerarlo un incurable, sabiendo que la educación y la nutrición que obtuvo de niño no lo apartaron de ingentes maldades”.

<sup>45</sup> Ibidem.

<sup>46</sup> Ibidem: “justicia para éste es la muerte como el menor de los males”.

<sup>47</sup> Ibid, (860B): “el saqueador de templos decretamos de modo justo que reciba muerte, por ser el enemigo de las bien leyes estatuidas”.

brota de un imperativo de conciencia: es preciso hacerlo para que los valores cívicos de respeto y preservación de los aspectos de culto y sacralidad de la vida colectiva prevalezcan. Se trata de mantener incólume el “fin” (τέλος) de una “educación” (παιδεία) concebida para dignificar al individuo mediante el conocimiento y una visión ético-estética de la existencia.

Es importante puntualizar que es verdad que Platón es explícito respecto de que la pena conforme a norma legal (κατὰ νόμον) – que en griego se dice δίκη, que a su vez significa ‘justicia’ – no debe imponerse para causar un mal, sino para mejorar al castigado, o bien reducir su condición grosera:

“Οὐ γάρ ἐπὶ κακῶ δίκη γίγνεται οὐδεμία γενομένη κατὰ νόμον, δυοῖν δὲ θάτερον ἀπεργάζεται σχεδόν, ἢ γὰρ βελτίονα ἢ μοχθηρότερον ἥττου εξειργάσατο τὸν τὴν δίκην παρασχόντα”<sup>48</sup>.

Empero, es claro que este propósito habrá de perseguirse en las conductas reformables, cuyos actos no conlleven un menoscabo irreparable de los valores esenciales de la coexistencia cívica. Esta graduación en el comportamiento delictivo es fundamental y su inequívocidad respecto de los tipos no mejorables o rescatables está íntimamente vinculada a la idea de formación educativa de alta exigencia ética.

### **1.8.1. La interpretación sesgada de Bobbio respecto de Beccaria en relación con la pena capital.**

De igual modo, Bobbio cita sesgadamente a Beccaria para sacralizar el dogma de que no es la crueldad de la pena lo que ha de privilegiarse, sino la infalibilidad de la misma. Como suelen hacer los abolicionistas, soslayan que Beccaria no vacila en proponer la pena capital cuando el reo es capaz de vulnerar la estabilidad del estado. El jurista italiano afirma:

“il fine delle pene non è di tormentare, ed affliggere un essere sensibile, nè disfare un delitto già comesso. Può egli in un corpo politico, che ben lungi di agire per passione particolari, può egli albergare questa inutile crudeltà stromento del furore e del fanatismo, o dei eboli tiranni? Le strida di un infelice richiamano forse dal tempo, che non retorna, le azione già consumate? Il fine dunque non è altro, che d’impedire il reo dal far nuovi danni ai suoi Cittadini”<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Ibid, (854B): “ninguna pena instaurada conforme a la ley es para causar un mal; dos son los fines que cumple: hacer mejor que peor al agente y obligarlo a la justicia”.

<sup>49</sup> Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, FCE, 2000, edición bilingüe, p.129. “El fin de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido. ¿Se podrá en un cuerpo político, que bien lejos de obrar con pasión, es el tranquilo moderador de las pasiones particulares, se podrá, repito, abrigar esta crueldad inútil, instrumento del furor y del fanatismo de los débiles tiranos? ¿Los alaridos de un infeliz revocan acaso del tiempo, que no vuelve acciones ya consumadas? El fin, pues, no es otro que impedir al reo causar nuevos

Este párrafo es particularmente significativo en cuanto a la teleología de un *ius puniendi* racional, imparcial y equitativo. Lo que se nos dice es simplemente que en el mismo no ha de tener lugar la tortura ni la venganza despótica de quien ejerce poder político, sino precisamente que habrá de impedirse que el perpetrador vuelva a vulnerar a los ciudadanos, es decir, a los obedientes de la legalidad instaurada, mediante la impecabilidad del proceso imputativo y de sentencia sustentada.

Es muy importante la idea de que la punición del poder público se impone siempre sobre hechos consumados, pero en esencia no garantiza en su codificación penal que los delitos o los crímenes graves habrán de impedirse o inhibirse por intimidación universal respecto de perpetradores potenciales. Por ende, el fin de las penas no es preventivo de origen, en tanto que sólo se castiga lo ya acontecido como infracción de la norma, sino que debe garantizar que el daño no vuelva a repetirse por parte del mismo infractor. ¿Y en qué casos la pena capital tendría que infligirse para que tal *ius puniendi* racional, imparcial y equitativo se mantuviese y no se permitiese que un perpetrador altamente lesivo volviese a quebrantar la integridad ciudadana?

Beccaria considera que la pena de muerte es “una guerra della Nazione con un Cittadino, perchè giudica necessaria, o utile la distruzione del suo essere: Ma se dimostrerò non essere la Morte nè utile, nè necessaria, avrò vinta la causa dell’ humanita”<sup>50</sup>. La aseveración edificante e hipotética de que el castigo extremo e irreversible a un infractor pudiese demostrarse que no se deriva de un beneficio o una necesidad insoslayables en términos sociales no resiste la casuística en la que el individuo trasgresor sanguinario e irredento reaparece como un enemigo al que una comunidad legal no puede aceptar como uno de sus miembros. Es por ello que Beccaria justifica la ejecución legal del perpetrador altamente lesivo como una medida de aseguramiento de la pervivencia del orden estatuido y al hacerlo refuta su propia hipótesis de redundancia punitiva de la pena capital:

“La morte di un Cittadino non può credersi necessaria, que per duo motivi. Il primo quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni, e tal potenza, che interessi la sicurezza della Nazione; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di Governo stabilita. La Morte di qualchè Cittadino vien dunque necessaria quando la Nazione recupera, o perde la sua libertà, o nel tempo della Anarquia, quando i disordini stessi tengon luogo di Leggi...io non veggo necessità alcuna di distruggere un Cittadino, se non quando la di lui morte Fosse il

---

daños a sus ciudadanos” (op.cit. versión en español, p.238)

<sup>50</sup> Ibid, pp. 159-160. “...una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser. Pero si se demostrase que la pena de muerte no es útil ni necesaria, habrá vencido la causa a favor de la humanidad”. (op.cit., versión en español, p.274)

vero ed unico freno per distogliere gli altri dal cometeré delitti, secondo motivo, per cui può credersi giusta, e necessaria la pena di morte”<sup>51</sup>.

Es entonces innegable que Beccaria no es un abolicionista sin más como quisiera hacer creer Bobbio. Contrario a esto, Beccaria privilegia la seguridad comunitaria sobre cualquier otra consideración, y en ese contexto avala la pena capital cuando la conducta criminal socava los fundamentos de la vida ciudadana ordenada y pacífica. Y lo argumenta así porque desde su convicción está consciente de la pertinencia de que tal castigo se imponga como un recurso último para disuadir de la comisión de ciertos delitos socialmente intolerables.

### **1.9. Las inconsistencias de Beccaria respecto de la pena capital y la importancia de poderes públicos garantes de una justicia acorde a la gravedad de la atrocidad criminal.**

Así como se defiende el derecho de una nación a no ser vulnerada por las acciones criminales de un individuo, aseverándose la legitimidad de proceder a la ejecución de éste para prevenir una ulterior destrucción del orden institucional, es razonable aplicar la misma lógica en tratándose de la vulneración antijurídica - bien sea ésta letal o altamente lesiva - contra una víctima inocente e indefensa.

Éticamente resulta inconsistente tratar de sostener que el valor de la vida haya de tasarse bajo criterios cuantitativos, como veremos más adelante a propósito del utilitarismo. Si, por ejemplo, se acepta que cien vidas son más importantes que una, o que el estado es la prioridad absoluta, ello da pauta para mediatizar de todos los modos posibles a la persona ontológicamente insustituible en aras de un interés colectivo asumido como dogma. Aquí se está ante un equívoco peligroso, pues se confunde el goce de derechos fundamentales en relación con todo individuo, y las obligaciones y prerrogativas que tal cosa conlleva – no supeditables a nada -, con los propósitos políticos coyunturales que una sociedad persiga. El peligro de impunidad en los actos atentatorios contra la vida cívica comunitaria, no es mayor que la impunidad respecto de los actos atentatorios contra la integridad de la persona individual e irrepetible, o el castigarlos inadecuadamente.

Es evidente que puede afirmarse que la vulneración de la integridad de un ciudadano por un acto criminal conlleva repercusiones de afectación al orden

---

<sup>51</sup>Ibid, p.160. “Por sólo dos motivos puede creerse necesaria la muerte de un ciudadano. El primero, cuando aun privado de libertad, tenga tales relaciones y tal poder que interese a la seguridad de la nación; cuando su existencia pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecida. Entonces será su muerte necesaria, cuando la nación recupera o pierde la libertad o, en el tiempo de la anarquía, cuando los mismos desórdenes tienen lugar de leyes...no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, a menos que su muerte fuese el verdadero y único freno que contuviese a otros, y los separase de cometer delitos, segundo motivo por el que se puede creer justa y necesaria la pena de muerte”. (op.cit., versión en español, pp. 274-275).

social que no se agotan en el individuo agredido letalmente, sino que trastornan el equilibrio anímico de sus supérstites, lo mismo que de la opinión pública. Esto es algo que puede fracturar la confianza comunitaria en el sistema legal y en la fortaleza misma del concepto de justicia cuando no se castiga con contundencia el embate criminal sañoso contra la víctima inocente; es decir, cuando no se tiene la honestidad de plantear con seriedad la pertinencia de la pena capital respecto de ciertas conductas aberrantes, efectuadas por individuos bajo ningún concepto rehabilitables. Preconizar, como hace el abolicionismo, una patética benevolencia respecto de la implacabilidad y la sevicia delictivas, es menospreciar los derechos ultrajados de manera irrecuperable en la persona del victimado, y a la vez es burlar el frecuente sentimiento de agravio imperdonable entre sus allegados. Por consiguiente, la gravedad de no constituir poderes públicos incumbentes que cumplan con su obligación irrefragable de equidad en la justicia, al promover una tutela injusta de la vida de tales criminales bajo el paraguas del derecho penitenciario, bien puede fomentar el deseo de venganza y la puesta en tela de juicio de la idoneidad del sistema penal en cuestión. Aquí estamos frente a un fenómeno social que puede propiciar la rebeldía ante las instituciones, a partir de la sensación de que la legalidad establecida no sea ética. Beccaria omite esta reflexión, que sin embargo es fundamental, pues el respeto a la legalidad nace de la convicción ciudadana en su solidez y es en tal adhesión fiduciaria donde hay que preservarlo, a fin de no dar pauta al desacato y al alejamiento de los mecanismos de justicia estatuidos.

Así, cuando el *ius puniendi* no da una satisfacción adecuada al ciudadano obediente de la juricidad imperante, se corre el riesgo de “the emergence of lynch justice, of vigilante committees and of an attitude of general disrespect for the law”<sup>52</sup>. Aquí es inevitable volver a referirnos a Ferrajoli, pues es ésta precisamente la conclusión que omite establecer este autor, cuyo emblema es la apología de la benevolencia penal<sup>53</sup>. Empero, es significativo que este jurista italiano, gran preconizador del minimalismo en materia de *ius puniendi*, tenga en mente al exponer su doctrina un sistema judicial y penitenciario con graves desaseos procesales y venalidad generalizada del poder público:

“La seguridad y la libertad de los ciudadanos no son en efecto amenazadas únicamente por los delitos, sino también, y habitualmente en mayor medida, por las penas excesivas y despóticas, por los arrestos y los procesos sumarios, por los controles de policía arbitrarios e invasores, por aquel conjunto de intervenciones que se definen con el noble nombre de ‘justicia penal’, la que quizás, en la historia de la humanidad, ha costado más dolores e injusticias que el total de los delitos cometidos”<sup>54</sup>.

---

<sup>52</sup> Mueller, Gerhard, *Crime, Law and the Scholars*, Heinemann, London, 1970, p.74. “El surgimiento de una justicia de linchamiento, de comités de vigilantes y de una actitud de desacato general a la ley”.

<sup>53</sup> Véase cita 39 y texto conducente.

<sup>54</sup> Ferrajoli, Luigi, op.cit., p.40.

Lo que el autor refiere en este párrafo es un tipo de sistema de justicia que actúa en forma criminal, que viola garantías fundamentales y que niega su deber de castigar con probidad, en observancia del discernimiento y la imparcialidad judicial sustentados en pruebas periciales y respeto irrestricto a la dignidad del imputado. Esto no justifica la generalización de que estas prácticas oprobiosas de la autoridad incumbente constituyan la esencia de la “justicia penal” Por consiguiente, como él mismo asevera, sus ejemplos obligadamente competen a “ordenamientos punitivos premodernos, desde el antiguo Egipto hasta la Santa Inquisición”<sup>55</sup>. Se trata de una casuística infamante que no modifica un ápice el imperativo moral que suscita el crimen atroz, a saber, el de cómo restituir la equidad y la proporcionalidad en el otorgamiento de derechos, habiendo sido segada en la víctima inocente toda posibilidad de ejercicio de los mismos en tratándose de asesinato, o habiendo ocurrido tal grado de afectación vejatoria que la existencia de la persona así vulnerada jamás podrá borrar de su memoria la afrenta padecida. El derecho penal mínimo no tiene discurso alguno a este respecto, ni Beccaria tampoco.

#### **1.10. Algunas puntualizaciones sobre el linchamiento como justicia sucedánea extralegal, cuando no se ejerce adecuadamente la justicia retributiva.**

Es pertinente exponer aquí algunas reflexiones adicionales sobre el ya referido concepto de venganza. En tanto manifestación extralegal de restitución de un equilibrio entre la acción criminal dolosa, vejatoria e imperdonable y la exigencia ciudadana de castigo acorde con el grado de atrocidad perpetrada, constituye el signo reprobatorio a un concepto de justicia contradictorio y cómplice. Este último estriba en el otorgamiento a ultranza de derechos incluso al asesino inexorable, al vejador de menores o al secuestrador mercenario que tortura con sevicia inaudita a sus víctimas, por citar algunos tipos delictivos particularmente repulsivos.

Una sociedad cuyas instituciones de observancia del *ius puniendi* no se construyen desde la definición inequívoca del “criminal imperdonable” (“unforgivable criminal”<sup>56</sup>), termina por condonar los actos de crueldad de toda índole de los individuos más perniciosos y paralelamente hace que el ciudadano se enferme de rencor y haga brotar en su mente el deseo de ajuste de cuentas con el responsable de la pérdida de un allegado entrañable o de un ultraje irreparable. De nuevo, la responsabilidad ética irrenunciable que nos interpela cada vez que el acto atroz sobreviene nos coloca frente a la conducta no refrendable en términos sociales, respecto de la cual la única forma de equidad posible es la ejecución legal del perpetrador.

---

<sup>55</sup>Ibidem.

<sup>56</sup>Mueller, Gerhard, op.cit. p.1.

### **1.11. La pena capital como restitución del equilibrio anímico comunitario.**

En este sentido, si bien la justicia retributiva como justificación ética de la imposición de la pena capital constituye el tema central de la presente exposición, puede afirmarse de lo ponderado respecto del individuo que se erige en enemigo social por su conducta altamente lesiva que el privarlo de la vida una vez acreditadas las pruebas conducentes restituye la ecuanimidad comunitaria y fortalece la confianza en una legalidad que se mantiene como garante de una ética cívica inquebrantable e invicta por el crimen atroz. Sin embargo, a diferencia de las posturas utilitaristas que habremos de analizar en el siguiente capítulo, esta recuperación del temple anímico de la sociedad en virtud de haberse ejercido la punición pertinente al acto imperdonable no protege de suyo contra conductas similares ni podría hacerlo. Lo que la pena hace es impedir la inmoralidad judicial respecto de la víctima inocente. En ello radica su justificación última y es este su único e imprescindible beneficio social.

Consecuentemente, el argumento de la pena capital como mecanismo punitivo de disuasión presenta una debilidad ostensible, a saber, la recurrencia del crimen atroz, independientemente de la codificación penal de los tipos de delito acreedores de tal sanción. Pero precisamente por ello la pena capital no ha de concebirse como medida intimidatoria *per se*, en virtud de que siempre cabrá la posibilidad de que haya individuos que actúen atrozmente en contra de terceros inermes o indefensos, sin angustia alguna por el eventual desenlace judicial que su comportamiento repugnante llegue a causarles. El criminólogo Enrique Ferri habla de ciertos tipos criminales en los que se advierte una “fría ferocidad en la ejecución del homicidio”<sup>57</sup>, cuyo correlato es la “impasibilidad apática después del mismo”<sup>58</sup>.

Volviendo a Beccaria, éste no extrae del argumento del individuo cuya ejecución legal se justifica en virtud de mostrarse como un peligro para la nación, es decir para la comunidad ordenada y pacífica, la consecuencia apodíctica de que la cohesión de dicha colectividad no admite el perdón de la vulneración irreparable de uno solo de sus miembros. En esto estriba su debilidad temática, porque no tiene sentido afirmar que únicamente cuando un criminal causa un determinado número de muertes que entonces se convierte en un factor de amenaza. Porque, ¿cuál podría ser dicha cifra? Éticamente la muerte infligida sin derecho a una única persona es razón suficiente para ejercitar la pena capital. No hacerlo es propiciar la desigualdad en el goce de derechos, consideración por completo ausente en Beccaria.

### **1.12. Rousseau y el merecimiento de la pena capital en el asesino como salvaguarda social.**

---

<sup>57</sup> Ferri, Enrique, *El homicidio*, Madrid, Reus, 1930, p.88.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

J. J. Rousseau – en quien el jurista italiano sustenta parcialmente su sesgada justificación de la pena capital – argumenta de manera más congruente que la pena de muerte tendría que infligirse para “no ser víctima de un asesino”<sup>59</sup>, y que de hecho ha de haber un consentimiento en la ejecución cuando como individuo “se degenera en tal”. Empero, es preciso matizar aquí que el no permitir su victimización por un criminal extremo es algo que compete a la propia sociedad en lo que respecta a privar a aquel definitivamente de la posibilidad de volver a actuar del mismo modo. Por ende, la prevención se ejerce únicamente en cuanto a las acciones futuras del perpetrador detenido y juzgado. La tutela de la vida de los ciudadanos en el ámbito del pacto social queda garantizada, siempre y cuando el derecho acreditado en el individuo no lo traicione éste por un tipo de conducta injustificable y gravemente pernicioso:

“...todo malhechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio, constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado”<sup>60</sup>.

La postura de este autor parte de un principio de obligatoriedad a un acuerdo de convivencia ordenada, que bajo un determinado concepto de interés público<sup>61</sup> determina la prioridad del estado. Ya expuse que el beneficio social de la pena de muerte es de carácter ético y no de disuasión *per se*. En Rousseau, por el contrario, sí conlleva un sentido de ejemplo para los que desafíen el contrato originario de supeditación a lo que él caracteriza como soberanía inajenable<sup>62</sup>. Ésta no es sino el ejercicio de la voluntad general, en tanto que “el soberano, que no es mas que un ser colectivo, no puede ser representado sino por él mismo: el poder se transmite, pero no la voluntad”<sup>63</sup>. Hablamos aquí de una comunidad cohesiva, cuya coexistencia reviste un carácter eminentemente de respeto a los demás y de rectitud en la intención, que si bien requiere del esclarecimiento de las “inteligencias públicas” como figuras legislativas insoslayables<sup>64</sup>, vive su virtud cívica y en esa medida la gobernabilidad deviene sólida: “hay pocos castigos, no porque se concedan muchas gracias, sino porque hay pocos criminales”<sup>65</sup>.

Esta reflexión es toral para la sustentación de la pena capital desde la perspectiva de la justicia retributiva, pues son las comunidades con un elevado

---

<sup>59</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Editorial Porrúa, 1992, p.19.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> *Ibid*, p.21

<sup>62</sup> *Ibid*, p.14.

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> *Ibid*, p. 21.

<sup>65</sup> *Ibid*, p.19.

sentido de honestidad social las que no incurrir en dubitación respecto de los actos irredimibles taxativa penitenciarmente. Una deontología colectiva irrefragable no da cabida al criminal atroz ni se plantea rehabilitarlo, puesto que su acto exige su extinción como miembro de la comunidad al constituir una aberración moral indefendible por asesinar o vejar con sevicia a un inocente. Es esto lo que sitúa a este tipo de infractor fuera de toda tutela jurídica de su vida, pues se ha erigido en amenaza para las leyes de la sociedad, entendidas éstas como “las condiciones de la asociación civil”<sup>66</sup>.

### 1.13. Bobbio y el sofisma de la pena capital como acto de crueldad.

A la luz de estas ideas, el aseverar como hace Norberto Bobbio que la pena capital conlleva un acto de crueldad delata una vez más un sofisma. Su sentencioso enunciado: “mitezza delle pene. Non è necessario che le pene siano crudeli per essere deterrenti”<sup>67</sup>, excluye *a priori* la dimensión ética del castigo incumbente. Ésta consiste en la privación equitativa del ejercicio de derechos al criminal atroz, en comparación con la privación extrajurídica absoluta que éste causó en su víctima inocente. Por lo tanto, el que se aduzca un efecto disuasivo del *ius puniendi* resulta irrelevante en los términos de la tesis de justicia retributiva aquí esgrimida. Por consiguiente, Bobbio omite convenientemente puntualizar que en un sistema judicial ético y técnicamente impecable, el respeto a la dignidad del sentenciado, y antes que eso a su derecho de defensa y apelación como imputado, son prerrogativas que la víctima inocente jamás tuvo la mínima ocasión de ejercer al haber sido privada dolosamente de la vida o vejada en forma sañosa, como ya expusimos. Es cierto que es inevitable que se tenga que lesionar letalmente al condenado en el momento de su ejecución, pero ello de ninguna manera significa torturarlo, mutilarlo o deliberadamente infligirle un fin agónico. No es venganza ni ensañamiento, sino justicia racional y no visceral lo que se busca.

En este sentido debe procurarse el método de ultimación más técnico y expedito de acuerdo con los avances médicos. Es decir, ha de prevalecer el concepto de muerte profiláctica, sin ignominia ni exposición al escarnio o la afrenta. Y para todo ello es imprescindible no olvidar que el perpetrador vulneró irreparablemente y sin derecho otra vida humana. Por último, aduce este autor italiano con ligereza en su ínfima alocución que el individuo actúa por rabia, por pasión, por interés o por defensa (“l’individuo singolo agisse per rabbia, per passione, per interesse, per difesa”<sup>68</sup>), mientras que el estado responde mediatamente, de modo reflexivo y racional (“lo stato risponde mediatamente, riffsivamente, razionalmente”<sup>69</sup>). Pero es obviamente ridículo tal enunciado, ¿o

<sup>66</sup> Ibid, p. 21.

<sup>67</sup> Bobbio, Norberto, op.cit., 2. Beccaria e l’illuminismo. “Dulzura de las penas. No es necesario que las penas sean crueles para ser disuasivas”.

<sup>68</sup> Ibid, 10. Non uccidere: “El individuo aislado actúa por rabia, por pasión, no interés, por defensa”.

<sup>69</sup> Ibidem: “El estado responde mediata, reflexiva, racionalmente”.

qué acaso el individuo no actúa también con escalofriante frialdad al asesinar a otro y planear cuidadosamente cada pormenor de su crimen?

Es evidente que el estado debe actuar bajo la reflexión y la racionalidad pertinentes en cuanto a la evaluación pericial de las pruebas, con objeto de que el caso en cuestión se dirima a partir de una imputación que acredite inequívocamente la autoría del acto. Si el discernimiento procesal se objeta, ¿qué es lo que entonces se estaría proponiendo? ¿Acaso tribunales sumarios, reacciones viscerales o punitivamente arbitrarias por parte de la autoridad incumbente? Bobbio no ofrece ningún análisis ni por ende respuesta a esta índole de preguntas.

#### **1.14. Camus y la apología de la irracionalidad conductual como precepto de inimputabilidad en la comisión del crimen atroz.**

El caso Albert Camus es el de la apología de la irracionalidad como ámbito irrecusable de inimputabilidad. Mersault, el protagonista de su novela *L'Étranger*, es incapaz de admitir su responsabilidad jurídica al haber disparado súbitamente contra un árabe en una playa argelina, causándole la muerte. Se trata del individuo que hiriese con un puñal a su vecino Raymond en una reyerta minutos antes y es el revólver de éste el que Mersault blande y que termina vaciando en la víctima. El desenlace fatal se suscita cuando decide volver al lugar del conflicto para refrescarse en un arroyo. El calor es abrumador, siente su cabeza hincharse por la radiación cegadora del sol. En medio de su ofuscación vislumbra el puñal en mano del mismo desconocido que se encuentra en el sitio y es entonces que todo sobreviene en la narrativa como si se tratase del efecto de un acto reflejo:

“Tout mon être s'est tendu et j'ai crispé ma main sur le revolver. La gâchette a cédée, j'ai touché le ventre poli de la crosse et c'est là, dans le bruit à la fois sec et assourdissant, que tout a comencé. J'ai secoué la sueur et le soleil, j'ai compris que j'avais détruit l'équilibre du jour, le silence exceptionnel d'une plage où j'avais été heureux. Alors, j'ai tiré quatre fois sur un corps inerte où les balles l'enfonçaient sans qu'il y parût”<sup>70</sup>.

La descripción de Camus resulta fallida en varios aspectos. El homicida no hace ningún intento por comunicarse con el otro, a pesar de que está plenamente consciente de la identidad de éste y del riesgo que la situación entraña. No actúa en ningún momento para evitar un posible desenlace fatal, so pretexto de la obnubilación que el calor ardiente suscita en él. Su malestar no alcanza a ser tan

---

<sup>70</sup>Camus, Albert, *L'Étranger*, Gallimard, 1957, p.90. “Todo mi ser se ha tensado y he crispado mi mano sobre el revólver. El gatillo ha cedido, he tocado el vientre pulido de la culata, y es ahí, en el ruido seco y a la vez ensordecedor, que todo ha comenzado. Me he sacudido el sudor y el sol, he comprendido que había destruido el equilibrio del día, el silencio excepcional de una playa donde había sido dichoso. Entonces, he disparado cuatro veces sobre un cuerpo inerte, donde las balas se hundían sin que él apareciese”.

grande para no percatarse claramente de que porta un arma abastecida. Llegada la oportunidad la accionará una vez, e instantes después disparará el resto de las balas sobre un cuerpo ya inmóvil y tendido. ¿Cuál es la justificación para haber matado? ¿La legítima defensa al haber mostrado el desconocido un puñal, ante la conducta sospechosa de un sujeto que reaparece donde poco antes hubo un conflicto violento?

Si lo que Camus pretende es convencer al lector de que en realidad se trató de una circunstancia desafortunada y no planeada, su propio relato lo contradice. Es el propio Mersault quien momentos antes de la reyerta exhorta a Raymond a darle el revólver, para luego incitarlo a enfrentar al árabe, y en caso de que éste saque algún puñal ser el mismo quien lo mate. Es precisamente este razonamiento, donde se denota la premeditación y la necesidad de coartada, a guisa de legítima defensa en un acto de provocación flagrante. Esto hace del protagonista una figura que sí conoce los códigos jurídicos, de los que más tarde hará escarnio durante su juicio:

“Puis Raymond a dit: ‘Alors, je vais l’insulter er quand il repondra, je le descendrai.’ J’ai répondu: ‘C’est ça. Mais s’il ne sort pas son couteau, tu ne peut pas tirer...Prend-le d’homme à homme et donne moi ton revolver. Si l’autre intervient, ou s’il tire son couteau, je le descendrai”<sup>71</sup>.

Mersault exhibe una completa insensibilidad respecto del hecho delictivo por él efectuado. Para él no hay índole humana como tal, en la que pudiesen advertirse los rasgos de contención, superación y diferenciación respecto de las tendencias delictivas de lesión irreversible hacia el otro. Al referirse a sus juzgadores, considera que buscar el esclarecimiento del crimen se asemeja a lo ridículo:

“...ce n’est pas le ridicule qu’ils cherchaient, mais le crime. Cependant la différence n’est pas grande et c’est en tout cas l’idée qui m’est venue”<sup>72</sup>.

Es decir, estamos frente a un simulador capaz de llegar a cualquier grado de violencia y además concitarla en otros, que menoscaba al poder público pretendiendo que no está investido de legitimidad para juzgar sus actos infractores letales, y que ante la interpelación de que elucide sus motivos conductuales, responde “c’était le hasard”<sup>73</sup>. La respuesta del fiscal a Mersault es contundente:

“...il a déclaré que je n’avais rien à faire avec une société dont je méconnaissais les règles les plus essentielles”<sup>74</sup>.

<sup>71</sup>Ibid, p.85: “Luego Raymond ha dicho: ‘Entonces voy a insultarlo y cuando él responda lo abatiré’. He respondido: ‘Así es. Pero si no saca su cuchillo no puedes disparar...Enfréntalo de hombre a hombre y dame tu revólver. Si el otro interviene o si él saca su cuchillo, lo abatiré”.

<sup>72</sup> Ibid, p.123: “...no es el ridículo lo que ellos buscaban, sino el crimen. Sin embargo, la diferencia no es grande, y es en todo caso la idea que me ha venido”.

<sup>73</sup> Ibid, p.130: “era el azar”.

<sup>74</sup> Ibid, p.150: “...él ha declarado que yo no tenía nada que hacer con una sociedad de la que

No obstante la parodia judicial que Camus busca reflejar desde la narrativa en primera persona del protagonista, cuyo desasosiego fisiológico aparece una y otra vez – “moi, j’étais étourdi de chaleur et d’étonnement”<sup>75</sup> - su acto criminal dista mucho de poder sustentarse en una reacción instintiva. Se trata de un individuo con alto nivel de discernimiento y valoración de sus circunstancias, y con un severo menosprecio y distanciamiento de los demás, como se evidencia en su mesiánico deseo final:

“Pour que tout soit consommé, pour que je me sente moins seul, il me restait à souhaiter qu’il y ait beaucoup de spectateurs le jour de mon exécution et qu’ils m’accueillent avec des cris de haine”<sup>76</sup>.

La apología que de sí mismo hace el perpetrador consciente de su acción mortífera y antijurídica en el párrafo aquí citado, expresándole gestos de vacío sarcasmo a los otros, es un deplorable recurso retórico de Camus, carente por lo demás de toda lógica. Maté con premeditación a otro, éste no tuvo oportunidad de defensa, y entonces en los tribunales me indigno gratuitamente y descalifico el hecho mismo de que deba yo rendir cuentas.

¿Cuál sería entonces el comportamiento que se debiese tener ante mí, acaso exculparseme o tributarseme alguna loa por privar dolosamente de la vida a un tercero? Lo que se evidencia en la actitud del asesino Mersault es un acto de simulación, pues en todo momento está consciente de qué fue lo que hizo, puede reconstruir las circunstancias en detalle, es un individuo lúcido y en cabal ejercicio de sus facultades mentales, pero pretende actuar burdamente como alguien que no entiende su responsabilidad jurídica. De hecho, su deseo de que la multitud haga escarnio suyo el día en que se le ejecute, denota su desprecio total por sus congéneres y por las instituciones sociales. Pero no obstante este vano histrionismo, su culpa es irrecusable.

### **1.15. Garantías procesales en contraste con la inexorabilidad extralegal del crimen atroz.**

Para Camus la ejecución legal del criminal es una reproducción mimética de la ultimación de la víctima en una suerte de estado de naturaleza – concebido éste como un ámbito de interacción meramente instintiva – lo que es manifiestamente una *contradictio in adjecto*. La sentencia ejecutoria – en su deontología fundante de su índole irrecusable – debe sustentarse en una ponderación acuciosa de las pruebas fehacientes que acrediten la imputación de autoría del hecho en un sujeto jurídicamente responsable; en tanto que infligir la muerte a un tercero como su verdugo inexorable, hace patente una rotunda violencia sin resquicio alguno de

---

desconocía las reglas más esenciales”.

<sup>75</sup> Ibid, p.151: “yo estaba aturdido de calor y de asombro”.

<sup>76</sup> Ibid, p.179: “Para que todo sea consumado, para que yo me sienta menos solo, me quedaba desear que haya muchos espectadores el día de mi ejecución y que me reciban con gritos de odio”.

simpatía o de benevolencia por la dignidad humana, negada sin más en la acción criminal misma.

En su ensayo *Réflexions sur la guillotine*, Camus prejuzga sobre el talión que, como veremos en Kant y en Hegel, en el caso de la ejecución sin derecho de una víctima inocente no es sino la invocación del principio ético de equidad respecto de la magnitud de un daño irreparable. Para él, tal igualación de la lesión letal mediante la ejecución legal del asesino no pertenece al orden de la ley. ¿Bajo qué otro tipo de principio habría de construirse entonces un *ius puniendi* para honrar a la víctima inocente en los casos de crimen atroz? Tal respuesta no aparece en Camus, en virtud de que le es ajena la inconsistencia moral de otorgar prerrogativas al perpetrador que la víctima no habrá de gozar, como ya se ha abundantemente esgrimido. De manera simplemente aseverativa, él inscribe al talión en una fase prejurídica, y por ende deja sin resolver éticamente el tratamiento que ha de recibir el perpetrador por parte del poder público incumbente:

“Le talion est de l’ordre de la nature et de l’instinct, il n’est pas de l’ordre de la loi. La loi, par définition, ne peut obéir aux mêmes règles que la nature. Si le meurtre est dans la nature de l’homme, la loi n’est pas faite pour imiter ou reproduire cette nature. Elle est faite pour la corriger. Or le talion se borne à ratifier et à donner force de loi à un pur mouvement de la nature”<sup>77</sup>.

Un sistema judicial ético en los términos de la justicia retributiva de ningún modo simboliza el fortalecimiento de la arbitrariedad del estado de naturaleza ya referido. Contrario a esto, debe ser garante de derechos procesales inobjetables y de equidad pericialmente sustentada. Decir que en el individuo hay una proclividad homicida, que la juricidad no debe seguir tal tendencia ejecutando al criminal letal y que habría que ceñir el *ius puniendi* a una función estrictamente reformadora es ignorar por completo la obligación moral de no propiciar la impunidad de otorgamiento de derechos penitenciarios a este tipo de perpetrador. Por lo demás, si fuese cierto que en la índole del individuo hubiese un impulso recurrente a la comisión de homicidios, ello significaría la imposibilidad de cualquier forma de vida comunitaria, lo cual no se constata en ninguna sociedad como conducta genérica, al margen de sus índices delictivos.

### **1.15.1. Inconsistencia de la impugnación de la pena capital desde la crítica del método de ejecución del sentenciado.**

<sup>77</sup> Camus, Albert, *Réflexions sur la guillotine*, Gallimard, 2008, p.42. “El talión es del orden de la naturaleza y del instinto, no es del orden de la ley. La ley, por definición, no puede obedecer a las mismas reglas que la naturaleza. Si el asesinato está en la naturaleza del hombre, la ley no está hecha para imitar o reproducir esta naturaleza. Esta hecha para corregirla. Ahora bien, el talión se limita a ratificar y a dar fuerza de ley a un puro movimiento de la naturaleza”.

En el ensayo mencionado, Camus hace alusión a la ejecución pública de un criminal monstruoso a la que asiste su padre en Argelia y cuyo espectáculo sangriento suscita en éste convulsiones anímicas de repudio y asco, más que un argumento contra la pena capital como método de equidad infalible desde la perspectiva de la justicia retributiva. Ahora bien, lo que esto evidencia es simplemente que la pena capital no deriva su justificación *stricto sensu* de una escenificación intimidatoria para las multitudes congregadas con morbo y avidez al pie de un patíbulo. La pena capital es prioritariamente el castigo garante de la no atribución de derechos al perpetrador homicida. La retórica de Camus no confuta el mérito de la punición, sino que refleja una fobia respecto de cierta forma de infligirla:

“Il faut croire que cet acte rituel est bien horrible pour arriver à vaincre l’indignation d’un homme simple et droit pour qu’un châtement qu’il estimait cent fois mérité n’ai eu finalement d’autre effet que de lui retourner le cœur. Quand la suprême justice donne seulement à vomir à l’honnête homme qu’elle est censée protéger il paraît difficile de soutenir qu’elle est destinée, comme ce devrait être sa fonction, à apporter plus de paix et d’ordre dans la cité. Il éclate au contraire qu’elle n’est pas moins révoltante que le crime et que ce nouveau meurtre, loin de réparer l’offense faite au corps social, ajoute une nouvelle souillure à la première“  
78

El efecto intimidatorio para la colectividad que un poder ominoso buscase en ciertas formas de supliciamiento de los sentenciados a muerte forma parte de una casuística oprobiosa que simplemente no incide en el fundamento ético de la pena de muerte, desde la perspectiva de la justicia retributiva aquí expuesta. La descripción literaria de la obscenidad de un método vejatorio de escarmiento público o de difusión mediática grotesca del condenado encuentra magníficos exponentes en Pierre Loti <sup>79</sup> y en Robert Musil<sup>80</sup>. Lo que tales impugnaciones

<sup>78</sup> Ibid, p.78. “Hay que creer que tal acto ritual es demasiado horrible para conseguir vencer la indignación de un hombre simple y recto, y para que un castigo que él estimaba cien veces merecido no haya tenido otro efecto que el de trastornarle el corazón. Cuando la justicia suprema da solamente para vomitar al hombre honesto al que tendría que proteger, parece difícil sostener que esté destinada, como debiese ser su función, a aportar más paz y orden en la ciudad. Se evidencia, por el contrario, que no es menos repugnante que el crimen, y que este nuevo asesinato, lejos de reparar la ofensa hecha al cuerpo social, agrega una nueva mácula a la primera”.

<sup>79</sup> Loti, Pierre, *Aziyadé*, In Libro Veritas, 2006, p. 4.:

“... Une belle journée de mai, un beau soleil, un ciel pur... Quand les canots étrangers arrivèrent, les bourreaux, sur les quais, mettaient la dernière main à leur oeuvre: six pendus exécutaient en présence de la foule l’horrible contorsion finale... Les fenêtres, les toits étaient encombrés de spectateurs ; sur un balcon voisin, les autorités turques souriaient à ce spectacle familial. Le gouvernement du sultan avait fait peu de frais pour l’appareil du supplice; les potences étaient si basses que les pieds nus des condamnés touchaient la terre. Leurs ongles crispés grinçaient sur le sable”. (“...Una bella mañana de mayo, un hermoso sol, un cielo puro... Cuando los botes extranjeros llegaron, los verdugos, sobre los muelles, ultimaban su obra: seis colgados ejecutaban en presencia de la multitud la horrible contorsión final... Las ventanas, los tejados estaban saturados de espectadores; sobre un balcón vecino, las autoridades turcas sonreían ante tal espectáculo familiar. El gobierno del sultán había hecho pocos gastos para el montaje del suplicio”).

evidencian con dramatismo son ciertos tipos de prácticas de crueldad oficial, cuya brutalidad no podría suscribirse con probidad de conciencia. Tratándose de penas de ignominia, éstas resultan inadmisibles pues atentan contra la dignidad de la persona del reo. Hegel ha preconizado la piedad y la obligación solemne con los muertos de tributarles sepultura honrosa. Antígona obedece a un imperativo moral fundamental al no permitir que su hermano Polinices quede insepulto, trasgrediendo el designio del soberano Creonte<sup>81</sup>. El argumento me parece impecable en cuanto establece que el castigo, para ser éticamente irreprochable, no debe incluir rasgos vejatorios por parte de los representantes de las instituciones., Ello denotaría un afán de ensañamiento ajeno por completo a la racionalidad y la templanza imprescindibles en la impartición imparcial de la justicia, lo cual no se contrapone a la inexorabilidad del castigo, es decir, a su aplicación indeclinable cuando haya fundamentos para ello.

### **1.16. La perspectiva ético-jurídica de la pena capital en contraste con el asesinato.**

El jurista Ernest van den Haag establece con precisión ético-jurídica encomiable la diferencia entre el asesinato y la ejecución legal del perpetrador poniendo énfasis en la idea de merecimiento. La víctima inocente no merece el desenlace fatal que su verdugo le impone; en cambio éste sí deviene merecedor del castigo irreversible al que se le somete en virtud de la comisión atroz que se permitió. La legitimidad de la ejecución legal surge de un consenso social en cuanto al carácter imperdonable de determinados delitos, el asesinato surge de la arbitrariedad y prepotencia del criminal. Por ende, el que se pretenda identificar la vulneración letal al criminal en su ultimación por parte del poder público con la que éste le causó a la víctima – ya que en ambos casos se trata de acciones de violencia contra la vida- resulta improcedente y forzosamente resulta de un examen superficial del caso:

“The difference between murder and execution, or between kidnapping and imprisonment, is that the first is unlawful and undeserved, the second a lawful and deserved punishment for an unlawful act. The physical

---

<sup>80</sup> Musil, Robert, *El hombre sin atributos*, Volumen I, Seix Barral, 1993, 18 Moosbrugger, pp. 83-94: “Moosbrugger había asesinado a una mujer, a una prostituta de ínfima calidad, de una forma macabra. Los periodistas habían publicado detalladamente el crimen describiendo la herida, extendida desde la garganta hasta la cerviz, las dos puñaladas en el pecho atravesando el corazón, las dos en el costado izquierdo, y el destrozo de sus pechos que pendían descuartizados”. (p.84) Este individuo, un carpintero con antecedentes de internación psiquiátrica y homicida recurrente, es condenado a muerte y exhibido como un ejemplar de curiosidad mórbida, a guisa de mercadería informativa

<sup>81</sup> Hegel, G.W.F., *Fenomenología del Espíritu*, FCE, Vigésima reimpresión, 2010, p.254: “Por eso estas leyes valen para la Antígona de Sófocles como el derecho no escrito e infalible de los dioses...La disposición ética consiste precisamente en atenerse firme e incommoviblemente a lo que es lo justo, absteniéndose de todo lo que sea moverlo, removerlo y derivarlo”. Un cadáver insepulto, y máxime cuando hay lazos consanguíneos, sencillamente socava nuestra idea básica de sensatez y obligación de equidad.

similarities of the punishment to the crime are irrelevant. The relevant difference is not physical but social”<sup>82</sup>.

En este tenor – como señala el ensayista Joe Bell – quienes esgrimen la idea de la santidad de la vida para oponerse a la ejecución del criminal atroz en realidad lo que hacen es defender “the sanctity of the murderer’s life”<sup>83</sup>, sin la mínima ponderación de la suerte infausta de la víctima. El sufrimiento y la agonía de ésta, su inermidad, su desesperanza, son aspectos inherentes al acto de sevicia que las posturas abolicionistas suelen soslayar. No obstante, el ejercicio del *ius puniendi* bajo la modalidad de la pena capital “is not intended to revenge, offset, or compensate for the victim's suffering, or to measure by it... (but) to vindicate the law and the social order undermined by the crime”<sup>84</sup>. O sea, tiene razón Van den Haag cuando afirma que lo que se refrenda en la ejecución legal del perpetrador no es el sufrimiento de la víctima sino la legalidad y el orden social socavados por la infracción altamente lesiva, puesto que el acto de punición pretende tener un *status* jurídico, no meramente moral. El sufrimiento de la víctima es intransferible y buscar homologarlo en algún método de supliciamiento llevaría a actos de brutalidad inaceptable desde el poder público. Lo que la pena capital debe procurar no es el escarmiento ni el ejemplo aterrador para el presunto estremecimiento de los que atestigüen del hecho, sino prioritariamente impedir la inequidad en el trato conferido por el poder público al perpetrador atroz respecto de la víctima de su comportamiento lesivo.

### 1.17. Aleatoriedad de la índole placentera de las prerrogativas penitenciarias.

Joe Bell señala con puntualidad:

“...life in prison permits a murderer to enjoy a degree of life in confinement that the victim will never experience. Even the simplest of pleasures – reading a book, enjoying a meal, taking a walk – are forever denied the victim. A victim’s family also suffers from the violent loss of a loved one”<sup>85</sup>.

<sup>82</sup> Van den Haag, Ernest, *The Ultimate Punishment: A Defense*, IV Incidental Issues, Cost, Relative Suffering, Harvard Law Review, vol. 99, May 1986. “La diferencia entre el asesinato y la ejecución, o entre el secuestro y el encarcelamiento, es que lo primero es ilegal e inmerecido; lo segundo es un castigo legal y merecido por un acto ilegal. Las similitudes físicas del castigo con el crimen son irrelevantes. La diferencia relevante no es física sino social”.

<sup>83</sup> Bell, Joe, *Death Penalty Conveys Justice to Victim and Society*, Opinion Editorials.com, December 21, 2004., p.2: “la sacralidad de la vida del asesino”.

<sup>84</sup> Van de Haag, Ernest, op.cit: “no tiene el propósito de vengar, nivelar o compensar el sufrimiento de la víctima, o medir por éste... sino hacer valer la ley y el orden social socavados por el crimen”.

<sup>85</sup> Bell, Joe, op.cit: “...la vida en prisión permite que un asesino goce de un cierto grado de vida en confinamiento, que la víctima jamás experimentará. Incluso los placeres más simples –leer un libro, disfrutar una comida, hacer una caminata- le están para siempre negados a la víctima. La familia de la víctima también sufre por la pérdida violenta de alguien amado”.

Esta tesis se asemeja bastante a la esgrimida en el presente trabajo, con la salvedad de que el énfasis se hace descansar aquí en una definición cuasi hedonista de determinadas prerrogativas penitenciarias, mientras que en lo por mí sustentado se trata esencialmente de un otorgamiento inequitativo de derechos cuando se excluye la pena capital y se le conmuta por una compurgación específica en los casos, obviamente, de crimen atroz. Ahora bien, un derecho penitenciario puede significar una vivencia placentera o no para el reo, dependiendo de la psique del criminal en cuestión. Habrá sujetos que rechacen o se muestren indiferentes respecto de ciertos beneficios indisociables de la legislación penitenciaria internacional, como también habrá los que sin ningún prurito de conciencia disfruten de ellos.

Técnicamente no se denota con esto indefectiblemente fruición *per se* en términos de algún estado fisiológico plácido del interno, sino el ejercicio de valores que son inherentes a la condición racional del sujeto. Esto no puede verse menguado por la magnitud incluso de bestialidad de un acto criminal, en virtud de que al reo habrá de sostenérsele la tutela de dichos valores en tanto no se le ejecute legalmente. Empero, la pregunta pertinente no es si tales garantías están justificadas en el contexto vigente de una estrategia readaptativa de la compurgación de pena, sino si todo tipo de infractor – al margen del grado de daño infligido por sus actos – ha de ingresar en el sistema de dichas prerrogativas esenciales.

Es aquí donde la honestidad de conciencia debe invocarse, y ponderar con toda la fuerza de la reflexión de si las consecuencias espantosas de actos despiadados en contra de personas cuyas vidas no podrán reconstituirse jamás se zanján con la decisión de no ejecutar con base jurídica a tales responsables. La indignación que despierta el espectáculo de aquél que yace destrozado porque un designio perverso e inhumano decidió privarlo de su integridad, o en su defecto vulnerarlo sin posibilidad de recuperación de su sosiego, exige la reinstauración del equilibrio ético de la sociedad legal, y esto sólo es posible mediante el ejercicio virtuoso de la pena capital.

### **1.18. La perspectiva aristotélica de lo resarcible y lo no resarcible crematísticamente.**

Aristóteles, en el Libro V de la *Ética a Nicómaco*, asevera que lo justo y lo injusto se relacionan básicamente con una proporcionalidad analógica entre lo bueno y lo malo, entendiéndose estos términos como un beneficio exagerado de una de las partes y una carencia ostensible de la otra:

“Τὸ μὲν οὖν δίκαιον τοῦτο, τὸ ἀνάλογον· τὸ δ' ἄδικον τὸ παρὰ τὸ ἀνάλογον. γίνεται ἄρα τὸ μὲν πλεον τὸ δὲ ἔλαττον, ὅπερ καὶ ἐπὶ τῶν ἔργων

συμβαίνει· ὁ μὲν γὰρ ἀδικῶν πλέον εχει, ὁ δ'ἀδικούμενος ἔλαττον τοῦ ἀγαθοῦ”<sup>86</sup>.

De esta noción general se desprende que el juez, al ocuparse de transgresiones a lo convenido en alguna transacción, procura contrarrestar las ventajas ilícitas mediante el recurso de la proporcionalidad aritmética, pues a quien hay que equilibrar siempre a través de un resarcimiento adecuado es a la parte afectada, a la víctima:

“Τὸ δ’ ἐν τοῖς συναλλάγμασι δίκαιον ἐστὶ μὲν ἴσον τι, καὶ τὸ ἀδικον ἄνισον, ἀλλ’κατὰ τὴν ἀναλογίαν ἐκείνεν ἀλλὰ κατὰ τὴν ἀριθμητικὴν. οὐδὲν γὰρ διαφέρει εἰ ἐπιεικῆς φαῦλον ἀπεστέρησεν ἢ φαῦλος ἐπιεικῆ, οὐδ’ εἰ ἐμοίχευσεν ἐπιεικῆς ἢ φαῦλος, ἀλλὰ πρὸς τοῦ βλάβους τὴν διαφορὰν μόνον βλέπει ὁ νόμος, καὶ χρῆται ὡς ἴσοις, εἰ ὁ μὲν ἀδικεῖ ὁ δ’ἀδικεῖται, καὶ εἰ ἔβλαψεν ὁ δὲ βέβλαπται, ὥστε τὸ ἀδικον τοῦτο ἀνισον ὄν ἰσάζειν πειρᾶται ὁ δικαστής. καὶ γὰρ ὅταν ὁ μὲν πληγῆ ὁ δὲ πατάξη ἢ καὶ κτείνῃ ὁ δ’ ἀποθάνῃ, διήρηται τὸ πάθος καὶ ἡ πρᾶξις εἰς ἄνισα. Ἀλλὰ πειρᾶται τῆ ζῆμιά ἰσάζειν, ἀφαιρῶν τὸ κέρδος”<sup>87</sup>.

Pareciera hasta aquí que Aristóteles no descarta una homologación de tipo cuantitativo, incluso para los casos de daño grave a la integridad o de índole irreversible como sería el asesinato, pues se refiere a éste como modalidad de los tipos de infracción que quedarían subsumidos bajo una proporcionalidad aritmética y no analógica. Sin embargo, la retribución mediante el pago con la propia vida en tratándose de perpetradores letales, no remite en absoluto a una equivalencia numérica. Pero Aristóteles deja el párrafo sin explicitación ulterior.

Antes de considerar el probable fundamento ínsito en el planteamiento aristotélico para un alegato en favor de la pena capital, recuperemos del texto citado una noción fundamental: la acción lesiva es algo que se padece, que causa sufrimiento y para la cual se buscan, desde la plataforma constituida por el discernimiento del juez, formas de equilibrio a guisa de tasaciones de distinto valor compensatorio – preferentemente cuantitativas - a fin de menguar el provecho que obtiene el infractor. Empero, ¿habría una tasación semejante en lo que respecta al asesinato? Antes de responder esta pregunta, es preciso elucidar que Aristóteles establece ciertas salvedades respecto de una retribución idéntica a

<sup>86</sup> Aristotle, *The Nichomachean Ethics*, Ancient Greek Texts with Translation (on line), E, 1130b28 1131b15: “Tal es, pues, lo justo, lo análogo; y lo injusto lo que es contra lo análogo. Sucede que haya demasiado o muy poco, lo que se advierte en lo hechos: aquél que actúa de modo injusto tiene demasiado de bien, el que sufre injusticia, muy poco”.

<sup>87</sup> Ibid, 1132a: “Pero lo justo, que en los contratos denota una cierta igualdad, y lo injusto lo desigual, no lo hace aquí conforme a lo análogo, sino a lo aritmético. No hace diferencia si el honrado se desquita con el malo en algo, o si el malo defrauda al honrado, ni si el honrado cometió adulterio o si fue el malo; sólo la diferencia del daño considera la ley, y trata como iguales al que comete injusticia como al que la sufre, así como al que dañó como al que fue dañado. De modo que lo injusto es esto desigual que el juez intenta igualar. Así, cuando alguien hiere y otro es herido, o alguien mata y otro muere, el padecimiento y la acción divídense en partes desiguales, pero se busca igualar el daño suprimiendo de la ganancia”.

la desventaja o al mal causado a un tercero por una cierta acción voluntaria. Así, comentando que los pitagóricos determinan que lo justo estriba en hacer padecer a otro exactamente el padecimiento por él infligido (ὠρίζοντο γὰρ ἀπλῶς τὸ δίκαιον τὸ ἀντιπεπονθὸς ἄλλω<sup>88</sup>), afirma acto seguido que tal tipo de restitución, no se corresponde con lo justo en términos distributivos, ni tampoco con un sentido correctivo prudencial (τὸ δ' ἀντιπεπονθὸς οὐκ ἐφαρμόττει οὔτ' ἐπὶ τὸ νευητικὸν δίκαιον οὔτ' ἐπὶ τὸ διορθωτικόν<sup>89</sup>). Y concluye refiriéndose a que quienes así piensan, que desearían con el poeta Radamante que lo justo consistiese en que lo causado a otro se generase en el causante (βούλονταί γε τοῦτο λέγειν καὶ τὸ Ῥαδαμάνθουος δίκαιον· εἴ κε πάθοι τά τ' ἔρεξε, δίκη κ' ἰθεῖα γένοιτο<sup>90</sup>).

Aristóteles – de manera peculiar - objeta a la noción de justicia como retribución idéntica del daño causado a la integridad de otro, el que según él no da cuenta de ciertos actos lesivos de manera congruente. Por ejemplo, cuando alguien atenta contra una figura de autoridad y vulnera su integridad sin matarlo, no sería suficiente con vulnerar de la misma manera al ejecutor, sino que la investidura del afectado exigiría una mayor severidad del castigo, es decir, se requeriría infligir al agresor un padecimiento retributivo no analógico. Aristóteles estaría abogando aquí por la ejemplaridad punitiva como respuesta drástica de refrendamiento del orden cívico legítimo. Esto es algo que ya encontramos en Platón y en Rousseau, pero que para el sustento ético *stricto sensu* de la pena capital – según lo que he expuesto – resulta exógeno:

Πολλαχοῦ γὰρ διαφωνεῖ, οἷον εἰ ἀρχὴν ἐξῶν ἐπάταξεν, οὐ δεῖ ἀντιπληγῆναι, καὶ εἰ ἄρχοντα ἐπάταξεν, οὐ πληγῆναι μόνον δεῖ ἀλλὰ καὶ κολασθῆναι. ἔτι τὸ ἐκούσον καὶ τὸ ἀκούσιον διαφέρει πολύ. ἀλλ' ἐν μὲν ταῖς κοινωνίαις ταῖς ἀλλακτικαῖς συνέχει τὸ τοιοῦτον δίκαιον, τὸ ἀντιπεπονθὸς κατ' ἀναλογίαν καὶ μὴ κατ' ἰσότητα. τῷ ἀντιποιεῖν γὰρ ἀνάλογον συμμένει ἡ πόλις<sup>91</sup>

La cuestión por dilucidar en este contexto es la de cuál sería el principio de equilibrio cuantitativo en las transacciones voluntarias y consuetudinarias de la vida cívica, de tal suerte que la equidad entre agentes contratantes que surgiera de la necesidad de dotarse de servicios que no pueda el individuo proporcionarse en forma autónoma permita un tipo de proporcionalidad satisfactoria en los intercambios donde una igualdad *stricto sensu* deviniese imposible. Esto en

<sup>88</sup> Ibid, 1132b20: “habiendo determinado que lo justo es simplemente hacer padecer lo mismo al otro”.

<sup>89</sup> Ibidem: “el padecimiento equivalente no se aplica a lo justo distributivo ni a lo correctivo”.

<sup>90</sup> Ibidem: “quieren decir sobre lo justo aquello de Radamante: ‘si se padeciese lo que se obrase, recta justicia surgiría”.

<sup>91</sup> Ibid, 1132b25-1133b30: “Muchas veces esto no corresponde. Cuando aquél que ejerce un cargo ultrajase (a otro), no es menester que se le hiera, pero si (alguien) ultrajase al funcionario, no sólo ha de ser herido, sino castigado con severidad.. Además lo voluntario y lo involuntario difieren mucho. Pero en las sociedades de intercambio una justicia como ésta ha de consistir en retribución conforme a analogía y no a igualdad. Por la retribución según lo análogo se mantiene firme la ciudad”.

virtud de que en toda acción de interés mutuo entre partes, hay requerimientos divergentes en género:

“Οὐ γὰρ ἐκ δύο ἰατρῶν γίνεται κοινωνία, ἀλλὰ ἐξ ἰατροῦ καὶ γεωργοῦ, καὶ ὁλως ἐτέρων καὶ οὐκ ἴσων. ἀλλὰ τούτους δεῖ ἴσασθῆναι”<sup>92</sup>.

¿En dónde reside entonces el mecanismo de igualación en las transacciones voluntarias consuetudinarias? En el dinero, al que Aristóteles describe en estos términos:

“καὶ διὰ τοῦνομα ἔχει νόμισμα, ὅτι οὐ φύσει ἀλλὰ νομῶ ἐστί, καὶ ἐφ’ ἡμῖν μεταβάλλειν καὶ ποιῆσαι ἄχρηστον”<sup>93</sup>.

Esta caracterización de proporcionalidad crematística de las equivalencias en relación con las relaciones transaccionales voluntarias, cuyo propósito es justipreciar el trabajo realizado como consecuencia de un acuerdo entre incumbentes, se inscribe en una especie de derecho administrativo, donde los incumplimientos o las faltas de contrato pueden zanjarse a guisa de resarcimiento cuantitativo. Por consiguiente, el dinero es el referente convencional de valoración en intercambios que no conllevan coacción sobre un tercero. Empero, Aristóteles alude párrafos antes en el Libro V en cuestión, a acciones coactivas sobre un tercero, donde las consecuencias lesivas son el resultado de una intención oculta e incluso letal o de violencia contra la integridad de dicho otro, a diferencia de los actos voluntarios de compromiso recíproco, en los que las partes mantienen expectativas fiduciarias de observancia de la promesa. Esto remite a distintos ámbitos de obligatoriedad. En primera instancia, ha de mencionarse un tipo de pago por la realización de trabajos requeridos por algún empleador.

Aquí prevalece una suerte de vínculo sinalagmático o recíproco que rompiéndose no vulnera la integridad de la persona afectada, y para lo que se dispone de algún dispositivo de indemnización. Pero también han de considerarse los actos maliciosos que se imponen a otro vejándolo de manera grave o eliminándolo sin permitirle elección alguna. En tales casos la obligatoriedad de respeto a la dignidad de un tercero como persona está cancelada por completo.

“...τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσια ἐστί τὰ δ’ ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πρᾶσις ὠνή δανεισμός ἐγγύη χρῆσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγματῶν τούτων ἐκούσιος), τῶν δ’ ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ μοιχεία φαρμακεία προαγωγεία δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ

<sup>92</sup> Ibid, 1133a15: “no se hace la contratación entre dos médicos, sino entre un médico y un labrador, y de (cosas) completamente distintas y no iguales. Pero a éstas (cosas) es menester igualarlas”.

<sup>93</sup> Ibid, 1133a30: “cuyo nombre es *nomisma*, que no por naturaleza sino por ley, y que por nosotros puede cambiar y volverse inservible”.

βίαια, οἷον αἰκία δεσμός θάνατος ἄρπαγή πῆρωσις κακηγορία προπηλακισμός<sup>94</sup>”.

Son precisamente los actos aviesos, bajo la clasificación de coactivos, que atentan deliberadamente contra el respeto a la vida de un tercero, su honor o su patrimonio, los que socavan la vida cívica sin ningún comedimiento o atención por la virtud, y respecto de los cuales difícilmente podría admitirse un simple resarcimiento crematístico. Aunque Aristóteles no es explícito sobre los tipos específicos de medida retributiva para dichas violaciones contra la persona de otro, se infiere del texto citado que el perpetrador tendría que reformar su conducta para reintegrarse a una participación comunitaria fiduciaria, cuando su lesividad no hubiese sido irreparable (se hace mención de la prisión o δεσμός). Empero, también se infiere que para casos extremos, la pena capital parecería ser el castigo adecuado. Se advierte en el mismo fragmento una diferencia importante entre “asesinato” (δολοφονία) y “condena a muerte” (θάνατος). Lo primero es un crimen, lo segundo una potestad del poder público. Es decir, Aristóteles da cabida a la ejecución legal de un infractor, enunciando tal cosa, y sin precisarla, en una relación de conductas malintencionadas y dañinas. El apunte es escueto pero suficientemente significativo, pues ya no se trataría sólo de justificar la pena capital por agravios a una figura de autoridad – como ya se expuso en este autor - sino también en lo referente a circunstancias de afectación grave a la ciudadanía común.

### 1.19. El concepto de igualdad retributiva en Kant y en Hegel.

El paradigma de la necesidad de invocación de la justicia retributiva como fundamento ético de la pena capital ha sido indudablemente el homicidio premeditado. A este respecto, tanto Emmanuel Kant como Friedrich Hegel hablan de la pertinencia de la ejecución del perpetrador como una decisión de justicia que se inscribe en la figura de *lex talionis*. Hegel – como ya se expuso<sup>95</sup> – asevera que la superación del delito estriba en el castigo que tal infracción haya de conllevar, es decir, no debe quedar el acto infractor sustraído a una punibilidad específica.

En este sentido, el castigo es “la vulneración de la vulneración” (die Verletzung der Verletzung<sup>96</sup>), ya que para reinstaurar la legalidad negada en la comisión criminal, el perpetrador requiere sufrir una vulneración correspondiente a aquélla por él infligida. El castigo es, pues, retribución a partir de haberse suscitado un daño deliberado y sin derecho, pues sin la intencionalidad de lesionar en su

<sup>94</sup> Ibid, 1131a5: “de los intercambios unos son voluntarios, otros coactivos. Voluntarios son la venta, la compra, el préstamo, la fianza, el crédito, el depósito, el salario. Llámense voluntarios, porque el principio de estos intercambios es voluntario. De los coactivos, los hay furtivos como el robo, el adulterio, los venenos, la alcahuetería, la esclavización, el asesinato, el falso testimonio, y otros violentos, como el ultraje, la prisión, la condena a muerte, el saqueo, la mutilación, la injuria, el agravio”.

<sup>95</sup> Véase cita (9).

<sup>96</sup> Véase cita (11).

integridad o en su propiedad legal a un tercero no podría configurarse delito alguno. Empero, surge aquí un problema complicado, que es el referente a la determinación de la igualdad en cuanto a la punición del acto lesivo bajo un dispositivo retributivo (“eine Hauptschwierigkeit hat aber die Bestimmung der Gleichheit in die Vorstellung der Wiedervergeltung hereingebracht”<sup>97</sup>).

Hegel hace notar que tal proporcionalidad equitativa entre el daño infligido y la pena correspondiente emana del valor de la propia vulneración (nach dem Werte derselben<sup>98</sup>). Porque si el concepto del delito se determina como voluntad de negación – en este caso de la legalidad instaurada – entonces contiene ya en sí la exigencia de la pena, que a partir de una identidad interna ha de manifestarse en igualdad. En tal valoración identitaria interviene el entendimiento:

“das Verbrechen, als der an sich nichtige Wille, somit seine Vernichtung, die als Strafe erscheint, in sich selbst enthält. Die innere Identität ist es, die am äusserlichen Dasein sich für den Verstand als Gleichheit reflektiert”<sup>99</sup>.

No investir a la pena de la fuerza punitiva que haga evidente para el entendimiento (für den Verstand) que se ha restituido la legalidad violentada, sería propiciar la impunidad. En esto estriba la importancia de la igualdad como criterio ético en la designación del castigo pertinente. Porque el punto esencial de la retribución es precisamente no traicionar con una pena impropia la exigencia de justicia, que en “das allgemeine Gefühl der Völker”<sup>100</sup> significa que al criminal debe acaecerle aquello que causó en otro (dem Verbrecher geschehen sollte, wie er getan hat<sup>101</sup>). Es precisamente para lo que se constituye el *ius puniendi* como potestad de un poder público en el que no intervienen los individuos. En el caso del asesinato hablamos de una identidad inequívoca entre el daño y el castigo. No hay reparación sucedánea, ambos incumben a la vida tanto de la víctima como del perpetrador. Se trata de una equivalencia homogénea. En lo que se refiere a otros delitos, la igualdad no admite esta exactitud, ya que el daño y el castigo remiten a comparaciones entre cosas heterogéneas. Por consiguiente, es el entendimiento y su capacidad elucidatoria e imparcial lo que debe establecer aproximaciones sensatas entre uno y otro aspecto, de acuerdo con el valor de lesividad resarcible que conlleven:

---

<sup>97</sup> Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, &101, (193), Erster Teil, Das abstrakte Recht, Dritter Abschnitt, Das Unrecht, Zwang und Verbrechen: “empero, hay una seria dificultad en la determinación de la igualdad respecto de la concepción de la retribución propuesta”.

<sup>98</sup> Ibid, (192): “según el valor de la misma (vulneración)”.

<sup>99</sup> Ibid, (193): “el crimen, como voluntad negadora en sí, contiene su propia anulación, la que se manifiesta en la pena. Es esto la identidad interior que en la existencia exterior se refleja como igualdad para el entendimiento”.

<sup>100</sup> Ibidem: “el sentimiento general de los pueblos”.

<sup>101</sup> Ibidem: “al criminal debe acontecerle como haya hecho”.

“Diebstahl, Raub und Geld, Gefängnisstrafe usf. schlechthin Ungleiche, aber nach ihren Werte, ihren allgemeine Eigenschaft, Verletzungen zu sein, sie sind Vergleichbare. Est ist dann, wie bemerkt, die Sache des Verstandes, die Annäherung an die Gleichheit dieses ihres Wertes zu suchen”<sup>102</sup>.

En este sentido, las virtudes conductuales y periciales de los juzgadores deben sin duda constituir aspectos fundamentales para su acreditación profesional, considerando que la imposición de penas no establece – salvo en el caso del asesinato – cotejos entre cosas homogéneas. Sin embargo, deben tenerse en cuenta respecto de la pena capital, los agravios de tal suerte vejatorios que no justifiquen su conmutación por otro tipo de castigo. Menciónense a guisa de ejemplos la violación de menores y personas en general, su inducción a hábitos adictivos, la esclavitud de personas, el secuestro y la mutilación de la víctima, y otros más que comunitariamente se estimen imperdonables. Si bien aquí no hay privación de la vida del afectado, el daño moral es tan oprobioso que no admite resarcimiento cuantitativo.

Considerándose el repudio que tales actos suscitan, la serenidad de ánimo del que ha de emitir una sentencia ha de conjugarse con una observancia estricta de sus imperativos de conciencia. Aquí puede invocarse el célebre enunciado del jurista italiano Francesco Carrara: “punir benignamente y con sapiencia civil, pero punir inflexiblemente sin que intervenga la piedad”<sup>103</sup>, y de esta manera superar “the unworthy guides of feelings of antipathy or sympathy”<sup>104</sup>, como recomendaba Jeremy Bentham. Cuando estos requisitos de *sindéresis* judicial faltan, de manera tal que no se elucide fundamentadamente la vinculación inteligible y sensata entre el mal causado y su punición como su negación obligada, se está propiciando una sensación de arbitrariedad en la imposición del castigo:

“Wird der an sich seiende Zusammenhang des Verbrechens und seiner Vernichtung und dann der Gedanke des Wertes und der Vergleichbarkeit beider nach dem Werte nicht gefaßt, so kann es dahin kommen, daß man...in einer eigentlichen Strafe eine nur willkürliche Verbindung eines Übels mit einer unerlaubten Handlung sieht”<sup>105</sup>.

Esto constituye un signo admonitorio inequívoco de que lo que debe normar la actuación judicial es la impecabilidad ética sustentada en elementos probatorio-

<sup>102</sup> Ibid, (194): “el hurto, el robo, la pena pecuniaria o de prisión, etcétera, son absolutamente desiguales, pero por sus valores, por su característica general de ser vulneraciones, son comparables. Es pues, como se señaló, algo que compete al entendimiento el buscar la aproximación a la igualdad de su respectivo valor”.

<sup>103</sup> Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Ed. Pedagógica-Iberoamericana, México, p.7.

<sup>104</sup> Hart H.L.A., *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982, p.46: “las indignas guías de sentimientos de simpatía o antipatía”.

<sup>105</sup> Hegel, G.W.F., op.cit., &101, (194): “si no se comprende la conexión entre el crimen y su negación, y de ahí el concepto del valor y de la comparabilidad de ambos según el valor, puede suceder que en una pena real sólo se vea una vinculación arbitraria de un mal con una acción no permitida”.

periciales fehacientes. Una sentencia no proporcional al delito cometido ejerce un efecto perturbador sobre la conciencia, se intuye que no hubo ecuanimidad en el juzgador, que algo se fracturó en su razonamiento. Se tiene la certeza de que se está obrando en demérito del sentenciado, sin respetar su dignidad ni honrarlo como sujeto intelectivamente competente, en su derecho a que se le imponga pena equitativa, y por ende justa (“daß die Strafe darin als sein eigenes Recht enthaltend angesehen wird, darin wird der Verbrecher als Vernünftiges geehrt”<sup>106</sup>).

Bajo ningún concepto quien ha socavado el orden legal debe ser considerado – si es que ha de valer la imputabilidad – como alguien por debajo de su racionalidad cabal, al que habría que domeñar como animal dañino (nur als schädliches Tier betrachtet wird<sup>107</sup>). Esto conllevaría un contrasentido jurídico insalvable, a saber: responsabilizar a quien se hubiese reconocido como un individuo bestial pero desprovisto de discernimiento y aptitud intelectual. Esto sería equivalente a querer esgrimir una acusación penal contra un tigre que al escapar de su jaula hubiese descuartizado y matado a alguna persona. La animalidad como tal se entiende como simple instinto. Un individuo virulento y peligroso, pero afectado en sus facultades intelectivas, que exhibe inequívocamente retraso mental, es un inimputable. Requiere ser aislado de la sociedad y sometido a tratamiento psiquiátrico conducente, porque no puede decidir actuar de otra manera. Tomasini sostiene, sin embargo, que el ámbito de la legalidad y el de la medicina son ámbitos disjuntos, que en última instancia lo que está en juego son acciones no personas, que en general el débil mental no asesina:

“Así, apelar a los elementos que constituyen el trasfondo de la acción de un criminal es, deliberadamente o no, introducir la confusión en nuestro pensamiento y, por ende, en la acción. Esto, naturalmente, es algo que a toda costa hay que intentar evitar”<sup>108</sup>.

Esto es problemático a pesar de todo, porque la aseveración deberá ineludiblemente confrontarse con los casos donde individuos homicidas y sañosos hayan sido declarados alienados. Por citar un par de referencias aludo al español Francisco García Escalero, “El Mendigo Asesino” o al argentino Cayetano Santos Godino, “El Petiso Orejudo”, ambos sanguinarios, de nula adaptación social, ínfimo conocimiento y médicamente declarados imbéciles. El dictamen médico en ambos casos sí condicionó la legalidad, pues a los dos se les internó como a locos no como a criminales. No abundaré más en un asunto que no es el tema central del presente trabajo, y diré simplemente que al margen de la polémica que suscite el aserto de Tomasini, en la práctica judicial un

<sup>106</sup> Ibid, &100, (191): ”que la pena se considere su propio derecho (del infractor), en la que se honra al criminal como racional”.

<sup>107</sup> Ibidem: “verlo sólo como un animal dañino”.

<sup>108</sup> Tomasini Bassols, Alejandro, *Pena capital y otros ensayos*, Editorial Ícarus, 2009, pp.22-23.

pronunciamiento médico sobre la sanidad mental de un homicida sí puede llegar a ejercer un peso probatorio de inimputabilidad.

Contrario a esto, el criminal atroz, independientemente de su implacabilidad y ferocidad, sabe perfectamente que vulnera una vida inocente que no puede oponerle resistencia ni impedir el daño que él decida infligirle. Actúa con dolo, maliciosamente. Es exclusivamente por esto por lo que ha de juzgársele, sólo que con una implacabilidad diferente, la de la conciencia judicial honesta y la de la acreditación inequívoca de su intención y su acción deliberadas, y por ende criminales. Esteban Mizrachi señala con puntualidad en relación con Hegel:

“...la restitución del orden violado (Wiederherstellung) mediante la pena (Strafe) permite la reconciliación (Versöhnung) consigo misma de esta objetividad violada. Sólo de esta manera gana el concepto de derecho su condición de órgano que regula efectivamente las relaciones intersubjetivas”<sup>109</sup>.

La pena permite superar la fractura de la legalidad que surge – en el caso del asesinato – del despojo ontológico que el criminal causa en la persona irremisiblemente destruida. El término “reconciliación” (Versöhnung) aparece también al final de la Fenomenología del Espíritu<sup>110</sup> y su semántica es cuasi religiosa. El espíritu se redime de sus negaciones en la conformación de una realidad restablecida por la ética. El imperativo fundamental del sujeto jurídico y su identidad con la institucionalidad legal del estado – que es el que garantiza su integridad y su propiedad – es el de no delinquir. El delito constituye, desde tal perspectiva, sencillamente “die geschehene Verletzung des Rechts”<sup>111</sup>.

Por ende, es preciso que se vulnere al delincuente, porque tal vulneración significa imponer sobre su persona el derecho que su acción buscó anular y en este sentido se trata de una atribución justa del poder público:

“Die Verletzung, die dem Verbrecher widerfährt, ist nicht nur an sich gerecht...sondern sie ist auch ein Recht an den Verbrecher selbst”<sup>112</sup>.

El asesino evidencia su menosprecio de la dignidad fundamental del otro. Su acto criminal denota la intención de su voluntad para extinguir una existencia sobre la

<sup>109</sup> Mizrachi, Esteban, *La legitimación hegeliana de la pena*, Revista de Filosofía, vol. 29, núm. 1, (2004), 7-31, p.9.

<sup>110</sup> Hegel, G.W. F. , *Fenomenología del Espíritu*, FCE, Vigésima reimpresión, 2010, p.463: “Tales son los momentos que integran la reconciliación del espíritu con su conciencia propiamente dicha...El espíritu cierto de sí mismo...hace lo que hace con arreglo a la convicción del deber, este su lenguaje, es la validez de su obrar”.

<sup>111</sup> Hegel, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, Zeno.org. Meine Bibliothek. (on line), &97, (185), Erster Teil, Das abstrakte Recht, Dritter Abschnitt, Das Unrecht, Zwang und Verbrechen: “la vulneración consumada del derecho”.

<sup>112</sup> *Ibid*, &100, (190): “la vulneración que le acaece al criminal, no sólo es justa de suyo...sino que es también un derecho en cuanto al propio criminal”.

que no tiene derecho alguno de vulneración. La magnitud de su inclinación criminal destructiva invalida cualquier posibilidad de mitigación de la pena y por ende exige la supresión de su propia vida, en virtud de haber cancelado la cabalidad de una subjetividad racional inocente. En el asesinato, a diferencia de otros actos delictivos, la exigencia de ejecución del perpetrador es irrecusable, pues respecto de la vida no hay valor alguno comparable, por lo que la igualdad retributiva del castigo no admite equívoco:

“Wenn nun bei der Vergeltung nicht auf spezifische Gleichheit gegangen werden kann, so ist dies doch anders beim Morde, worauf notwendig die Anwendung der Todesstrafe steht. Denn da das Leben der ganze Umfang des Daseins ist, so kann die Strafe nicht in einem Werte, den es dafür gibt, sondern wiederum nur in der Entziehung des Lebens bestehen.”<sup>113</sup>.

Al perpetrador letal no debe otorgársele la tutela jurídica sobre su propia vida una vez acreditada su responsabilidad de manera indubitable, pues se estaría perpetuando la negación de la realidad legal en la conservación del infractor. Mizrachi comenta respecto de tal subjetividad delictiva:

“Su actuar es esencialmente una exteriorización de la voluntad que niega la existencia exterior de la voluntad del otro, negándose por tanto a sí misma...El delincuente instaura una ley (sólo por él reconocida), según la cual es lícito lesionar a una persona”<sup>114</sup>.

Empero, la voluntad del sujeto no puede someterse, independientemente de los actos coactivos que el criminal le inflija. Pretender anular la voluntad del otro mediante el asesinato es reconocer que sólo la muerte suprime lo que ontológicamente es indisociable de la persona, a saber: su voluntad libre. Ninguna tortura o vejación son suficientes para aniquilarla, pues a lo que afligen es a su exterioridad corpórea. En su decisión de matar sin derecho, el criminal se niega como voluntad ética y justifica su castigo. Es por ello que no es admisible consentir en permanecer sometido por el sujeto delictivo. Tal consentimiento equivaldría a un acto voluntario contradictorio, consistente en aceptar el menoscabo de la propia condición de persona:

“Als Lebendiges kann der Mensch wohl bezwungen, d.h. seine physische und sonst äußerliche Seite unter die Gewalt anderer gebracht, aber der freie Wille kann an und für sich nicht gezwungen werden, als nur sofern er sich selbst aus der Äußerlichkeit, an der er festgehalten wird, oder aus deren Vorstellung nicht zurückzieht. Es kann nur der zu etwas gezwungen werden, der sich zwingen lassen will”<sup>115</sup>.

<sup>113</sup> Ibid, § 101 Z (S.196): “Si bien por la retribución no puede llegarse a una igualdad específica, es muy distinto respecto del asesinato, donde es necesario el ejercicio de la pena de muerte. La vida conforma todo el ámbito de la existencia, por ello la pena no puede consistir en cierto valor que no habría por aquélla, sino de nuevo sólo en la supresión de la vida (del perpetrador)”.

<sup>114</sup> Mizrachi, Esteban, op.cit., p. 12.

<sup>115</sup> Hegel, G.W.F. , op.cit., §91, (179), Erster Teil, Das abstrakte Recht, Dritter Abschnitt, Das Unrecht,

En esta línea de argumentación Kant plantea el imperativo de conducta irreprochable, el cual resulta imprescindible para la pertinencia de la justicia retributiva en relación con la pena capital, a saber:

“Handle so, dass du die Menschheit, sowohl in deiner Person als in der Person eines jeden anderen, jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloss als Mittel brauchest”<sup>116</sup>.

Una actitud hacia el otro que no lo convierta en un instrumento útil o supeditable a intereses que nieguen su autonomía, sino que honre su índole racional y su libertad de manera irrestricta, es precisamente la exigencia de la ética. Por consiguiente, cada individuo ha de ser tenido “als Zweck an sich selbst”<sup>117</sup>. Es por esto que la obligación de toda subjetividad intelectivamente competente estriba en la no vulneración de los demás. La deontología inherente en la afirmación de la idea de “humanidad” (Menschheit) como esencia de la persona, sólo se vuelve inteligible desde la benevolencia, es decir, la buena voluntad.

La intención recta garantiza la veracidad y la probidad en la conducta y por ende confiere un sentido fiduciario de cumplimiento honorable a cualquier acción del individuo. Sin embargo, Kant es enfático en cuanto a que la buena voluntad no encuentra su justificación en nada externo a su esencia de rectitud en el querer. No necesita avalarse por el logro de algún empeño, ni está orientada a dar satisfacción a inclinaciones que conlleven determinado provecho:

“Der gute Wille ist nicht durch das, was er bewirkt oder ausrichtet, nicht durch seine Tauglichkeit zur Erreichung irgend eines vorgesetzten Zweckes, sondern allein durch das Wollen, d.i. an sich, gut, und, für sich selbst betrachtet, ohne Vergleich weit höher zu schätzen als alles, was durch ihn zu Gunsten irgend einer Neigung, ja wenn man will, der Summe aller Neigungen nur immer zustandegebracht werden könnte”<sup>118</sup>.

No obstante – dice Kant - que una fatídica adversidad o la parvedad de una naturaleza áspera propiciasen que la buena voluntad careciese de fuerza para llevar a cabo sus designios, (“wenngleich durch eine besondere Ungunst des Schicksals oder durch kärgliche Ausstattung einer stiefmütterlichen Natur es

Zwang und Verbrechen: “Como viviente bien puede el hombre ser subyugado, es decir, su lado físico y exterior puede someterse a la violencia de otro; pero la voluntad libre en sí y para sí no puede ser subyugada, sino sólo en tanto él mismo no se sustrae a la exterioridad a la que se haya firmemente unido, o a su representación. Sólo puede ser subyugado por algo quien se deja subyugar”.

<sup>116</sup> Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1999, (429), pp. 54-55: “condúcete de modo tal que la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, tú jamás uses como simple medio”.

<sup>117</sup> Ibidem: “como fin en sí mismo”.

<sup>118</sup> Ibid, p.20: “la buena voluntad no lo es por lo que realice o logre, ni por su aptitud para alcanzar algún fin propuesto, sino sólo por el querer, en sí mismo bueno y por sí considerado; sin que haya (otra) comparación más alta que valorar en cuanto a todo lo que a través de ella, por la gracia de alguna inclinación, o si se quiere, la suma de todas las inclinaciones, llegase a conseguirse”.

diesem Willen gänzlich an Vermögen fehlte, seine Absicht durchzusetzen...”<sup>119</sup>) ésta igualmente “so würde er wie ein Juwel doch für sich selbst glänzen, als etwas, das seinen vollen Wert in sich selbst hat”<sup>120</sup>.

Esta bonhomía es la que compete al comportamiento humano *stricto sensu*, que es el más exigente, pues excluye cualquier acción lesiva respecto de los demás. Aristóteles menciona como los dos atributos insoslayables del “carácter moral” (ἦθος), el ser “afable” (πρᾶος) y “temperante” (σώφρων), preferentemente a “sabio” (σοφὸς) y “perspicaz” (συνετός)<sup>121</sup>. La sensibilidad ética se manifiesta entonces en una conducta sensata y sin visceralidad. Hay un predominio de la racionalidad y del juicio prudencial en las decisiones y en los actos. Esto infunde fortaleza a las relaciones intersubjetivas y encauza la vida comunitaria de manera ordenada, volviendo inteligibles las expectativas conductuales. Aristóteles afirma que “la ética resulta de los hábitos” (ἡ δ’ ἠθικὴ ἐξ ἔθους περιγίνεται<sup>122</sup>).

En una comunidad con virtud cívica como práctica generalizada, donde se cultive el respeto a valores sociales como la honestidad y el altruismo, donde el ciudadano ejerza facultades de defensa efectiva frente al delito a partir de sus formas autónomas de salvaguarda y donde se tenga claridad en cuanto a las conductas imperdonables, no hay cabida para la proliferación criminal. El infractor atroz deviene la excepción y no puede tolerarse su lesividad. Para este tipo de individuo violento e implacable, capaz de segar sin miramientos vidas honorables – de acuerdo con el contexto comunitario aquí descrito – el único castigo ético es su ejecución jurídicamente sustentada. Sólo esta decisión punitiva restituye su preeminencia a la sensatez colectiva y a la virtud ciudadana. De la misma manera que en la Crítica de la Razón Práctica (Kritik der praktischen Vernunft<sup>123</sup>), Kant refrenda en la Fundamentación para una Metafísica de las Costumbres (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten) el indisputado sitio del hombre (y de todo otro ser semejante) como racionalidad dotada de voluntad libre. Nada justifica el menoscabo de su autonomía ontológica, que ha, por ende, de preservarse como *conditio sine qua non* para que prevalezca la buena voluntad (der gute Wille<sup>124</sup>):

“Der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst,

<sup>119</sup> Ibidem: “incluso si por alguna particular desgracia del destino o por la dotación miserable de una naturaleza severa, a esta voluntad le faltase por completo la potencia para cumplir su intención...”.

<sup>120</sup> Ibidem: “como una joya brillaría por sí misma, como algo que guarda en sí mismo su valor cabal.”

<sup>121</sup> Aristotle, *The Nichomachean Ethics*, Ancient Greek Texts with Translation (on line), Book I, 1103a5-10.

<sup>122</sup> Ibid, Book II, 1103a 18: “La ética resulta de hábitos”.

<sup>123</sup> Véase cita 18.

<sup>124</sup> Véase cita 118.

als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen, jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden”<sup>125</sup>.

Por consiguiente, el asesinato constituye la aberración moral por antonomasia, en virtud de que niega nuestra obligación más alta como individuos intelectivamente competentes, que es la de no vulnerar ni instrumentalizar la subjetividad de nadie. Evidentemente, es preciso contextualizar este respeto ontológico a la integridad de los otros, estipulando que nuestra capacidad de vulneración sólo se justifica como salvaguarda de nuestra propia vida. Pero aquél que fractura o socava dolosa e irremisiblemente la autonomía de la voluntad en un tercero, que es indisoluble de la noción de inviolabilidad de la persona, suprime en sí mismo su deber ético fundamental. Tal abjuración moral en relación con un semejante, hace que el infractor se degrade en su condición humana como persona, son tales los alcances lesivos de sus acciones que pierde el derecho a que se tutele su vida. Nada justificaría una salvaguarda institucional de la existencia de quien es capaz de cometer *motu proprio* actos abominables; y como será un corolario en distintos razonamientos de la presente exposición, tal protección a ultranza sólo socava la dignidad de la víctima inocente.

Lo sustantivo en un ámbito de inteligibilidad deontológica no deformado por designios criminales, estriba en “eine systematische Verbindung vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche objektive Gesetze”<sup>126</sup>. La legalidad como referente de la conducta personal y colectiva, debe originarse en la convicción de que el principio de no vulneración de la autonomía de la voluntad ha de constituir la prioridad de toda legislación. Porque de lo que se trata es de hacer valer un criterio fiduciario, es decir, la buena fe imposible sin la intención recta<sup>127</sup>. Es por ello que respecto del crimen en general – que vulnera a la persona y a su propiedad en diversa medida – es preciso inquirir cuál habrá de ser el baremo de ejercicio punitivo: “¿Pero qué especie y qué grado de castigo debe poner la justicia pública, como principio y como regla?”<sup>128</sup> La respuesta kantiana es inequívoca:

“No puede ser otro más que el principio de igualdad apreciado en la balanza de la justicia, sin inclinarse más a un lado que a otro. Por consiguiente, el mal no merecido que haces a otro de tu pueblo, te lo haces a tí mismo; si le robas, te robas a tí mismo; si le maltratas o le matas, te maltratas o te matas a tí mismo. No hay más que el derecho del talión (*ius talionis*) que pueda dar determinadamente la calidad y la cantidad de la

<sup>125</sup> Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1999, (428), p.53: “el hombre, y en general todo ente racional, existe como un fin en sí mismo, y no como un solo medio para usos deliberados de tales o cuales voluntades; sino que en todas sus acciones – tanto las orientadas a sí mismo como a otros entes racionales - en todo momento y de igual modo debe ser vista como fin”.

<sup>126</sup> Ibid, (433), p. 60: “un vínculo sistemático de entes racionales entre sí a través de leyes objetivas comunitarias”.

<sup>127</sup> Véase cita 118.

<sup>128</sup> Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Ediciones Espuela de Plata, 2004, p. 172.

pena, pero con la condición bien entendida de ser apreciada por un tribunal (no por el juicio privado).”<sup>129</sup>

Esto viene a elucidar que la justicia retributiva en relación con la pena capital constituye un sistema punitivo que incumbe a un modelo comunitario con un sentido ético impecable respecto de la dignidad de la persona. Porque entender que un acto sin derecho de lesividad contra el otro envilece como ser racional al que lo causa y le niega la posibilidad de vivir virtuosamente, es entender también su merecimiento de castigo equivalente.

En la exposición ha quedado claro que esta equivalencia punitiva no significa torturar al que torturó ni mutilar al que mutiló – no es el talión religioso y de ejemplo público<sup>130</sup> –, sino que incumbe a la no conmutabilidad de la vulneración irreparable por una pena que conlleve otorgamiento de derechos al perpetrador.

El homicidio premeditado es la deshonra a la existencia de un tercero. Es un acto oprobioso sin parangón, porque la equidad como principio de justicia no admite aquí proporcionalidad crematística o de término penitenciario. Esto sería conservar “como fin en sí mismo” (“als Zweck an sich selbst”<sup>131</sup>) precisamente a quien desecró ese altísimo valor, lo que conllevaría una complicidad insalvable, a saber: garantizar autonomía de voluntad al que coactivamente la impidió irreparablemente en un ser racional y por ende libre.

## 1.20. Virtud cívica y ética pericial y procesal.

Argüir salvedades de índole exógena a la ética, cuyo imperativo inquebrantable es la no lesión irreversible de un semejante en forma dolosa cuando no media justificación de defensa, es aceptar que la degradación social por impunidad o por venalidad judicial tendría que ser el fundamento de penas sucedáneas a la pena capital. Es decir, al no podernos conducir impecablemente en el respeto ontológico a la subjetividad ajena, se estaría avalando la inequidad como paradigma de justicia. De esta manera, se menoscaba el derecho público invocado por Kant y Hegel -fundamental para impedir los actos de venganza – esgrimiendo, por ejemplo, las deficiencias de jueces prevaricadores o consignas políticas de fabricación de culpables. Empero, lo que esta índole de aseveraciones hacen es resaltar la fuerza de lo aquí sustentado. La pena capital no tiene cabida en sociedades desprovistas de valores éticos inquebrantables, donde el criminal atroz y el delincuente en general sean excepciones a la conducta colectiva honesta. La elucidación científico-pericial de los crímenes, las garantías

---

<sup>129</sup> Ibidem.

<sup>130</sup> En contextos bíblicos o coránicos se prevén penas de ignominia como expresión de la justicia taliónica. Ni Kant ni Hegel –como se ha visto- conciben de tal modo la equivalencia punitiva en el caso del asesinato. No es el método criminal de vulneración el que se reproduce. Lo que se pondera es el valor de la vida y el merecimiento de ejecución de aquél que la ha ultimado sin derecho.

<sup>131</sup> Véase cita 117.

procesales al imputado, lo mismo que la probidad y la templanza acendradas entre quienes ejercen el deber de dictar sentencia, son aspectos predominantes de un sistema virtuoso de justicia retributiva.

Demostrar fehacientemente la responsabilidad en los eventos de crimen atroz – según la tipificación que de ellos se estipule - deviene una obligación no sólo de los incumbentes para hacerlo desde el poder público, sino que constituye también un imperativo comunitario, a saber: vivir éticamente y volver así inocultable al infractor violento.

Las objeciones al esclarecimiento inequívoco del *casus delicti* contra la vida no son de hecho una impugnación a la pena capital – pues ello justificaría la inequidad de prerrogativas – sino que se inscriben en referentes procedimentales y judiciales inadmisibles. Por ende, la falta de sustentación de la imputabilidad no tiene que ver con un problema epistemológico, ni de precariedad en cuanto al método probatorio *per se*.

Se inscribe en la ausencia de ética y de aptitud técnica en el desempeño indagatorio y judicial, lo mismo que en la no vinculación de la autoridad y el ciudadano bajo una misma vocación de legalidad. Es evidente que en ámbitos comunitarios donde no prevalezca la alta exigencia ética de conducta virtuosa que aquí se ha presupuesto, la pena capital puede volverse un castigo de eliminación discrecional y mórbida desde el poder público. Empero, esto no menoscaba un ápice la fuerza ética de este castigo en cuanto tal. Lo que el contexto subraya es que la pena capital constituye un valor toral de justicia cuando se observa una deontología colectiva de respeto irrestricto a la dignidad de la subjetividad humana. “Nec vero habere virtutem satis est quasi artem aliquam, nisi utare”<sup>132</sup>, afirma Cicerón.

La virtud cívica como constante en las relaciones interpersonales confiere indubitabilidad al merecimiento de la ejecución de quien la traiciona con actos criminales arteros e irreversibles. *A contrario sensu*, un modelo social donde la proclividad delictiva sea consuetudinaria, y donde la impartición de la justicia se rija por la connivencia y la venalidad, carece del aval moral para ejercer con pulcritud el castigo supremo. Es por ello que el argumento de la pena capital como garante ético de equidad punitiva en el crimen atroz, no propone su justificación *stricto sensu* en nada que no sea la obligación de conciencia de no deshonrar a la víctima inocente.

---

<sup>132</sup> Cicerón, *De Legibus*, The Loeb Classical Library, Libro I, p. 44: “No basta en verdad con tener virtud como un cierto arte, sino ejercerla”.

## CAPÍTULO 2

### **2. El planteamiento contra la pena capital sustentado en su crueldad y en su ineficacia como política criminal.**

#### **2.1. Crueldad y falibilidad judicial.**

Es importante para la línea argumentativa de esta exposición, hacer referencia detallada a dos planteamientos paradigmáticos, y complementarios. Probablemente entre ambos sintetizan las principales objeciones contemporáneas a la legitimidad de la pena capital. Uno es el de Voltaire y el otro el de Hugo Bedau. El primero se inscribe en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en tanto que el segundo es parte del panorama filosófico contemporáneo. Es claro, como trataré de hacer ver, que hay semejanzas ostensibles entre ambas posturas. Los planteamientos de estos y otros autores a los que se alude en este capítulo, son abordados en detalle en virtud de que se trata de fuentes, que aunque sin alta envergadura filosófica, el abolicionismo en boga utiliza de manera recurrente. Pues bien, tanto Voltaire como Bedau aluden a la crueldad del castigo, a la estigmatización del inculpado, así como a la posibilidad indescartable de errores o equivocaciones judiciales que conduzcan a la condena de inocentes. Lo que con estos señalamientos vendría a evidenciarse es que se trata de un castigo inhumano y sin fuerza inhibitoria de crímenes abominables, que inevitablemente vuelven a presentarse. La debilidad de este argumento estriba en que omite referir que al cumplirse la pena capital se impide la impunidad tutelando injustamente la vida al perpetrador atroz, como ya se formuló en el capítulo anterior.

Una segunda línea abolicionista de argumentación consiste en apuntar que no existe certeza sobre la integridad de los juzgadores ni hay infalibilidad en los sistemas judiciales. No hay forma de garantizar, según esto, que el discernimiento y la imparcialidad habrán de mantenerse, en virtud de que habría una profusa casuística de desaseo procesal y de prevaricación, que sustentaría la revisión de diversas figuras de jurisprudencia en la materia. Empero, este argumento escéptico a ultranza queda refutado en la práctica, pues no hay falibilidad sistemática en la justicia. ¿O han de excluirse los casos de flagrancia, los de confesión inequívoca o aquéllos sobre los que hay pruebas irrecusables? Porque son éstos los que hacen pertinente la pena de muerte y no pueden ser soslayados por este tipo de escepticismo absurdo. Si todo es falible incluso la investigación científica y otros campos cognoscitivos del quehacer humano habrían de quedar en entredicho.

Es importante además no incurrir en la fácil falacia de victimizar al criminal, presentándolo ante la humanidad como un ente indefenso a merced de un poder que lo somete implacablemente. Lo que sostienen es que para castigar éticamente el crimen atroz con la pena capital, tendría que acreditarse que no se

infligirá un sufrimiento inaceptable al sentenciado, o que no habrá dictamen condenatorio errado. Esto es grotesco, pues sabido es que todo proceso de esclarecimiento de culpa implica restricción de derechos – como la detención preventiva o el auto de formal prisión –, ¿por qué tendría que ser diferente en casos de pena de muerte?

Digámoslo abiertamente: si lo que se quiere es cancelar una posibilidad lógica, entonces habrá que reconocer que ambas condiciones son incumplibles, dado que no es posible pensar en ningún modelo constatable de justicia en el que su observancia fuese norma universal. No es posible aseverar que haya un método de ejecución – ya sea médico o de otra índole – que impida la angustia de una muerte programada, ni tampoco puede aseverarse con fuerza apodíctica que los jueces serán siempre capaces de conducirse en forma sistemática de manera éticamente correcta, de modo que todas sus decisiones estén sustentadas en su probidad y en la impecabilidad pericial de la prueba. Aquí la inquietud que nos asalta es: ¿es legítimo exigir en el mundo humano mecanismos y procedimientos perfectos, lógicamente impecables? ¿acaso sólo mediante una ficción hecha realidad se podría justificar lo que en algún momento, en relación con alguna clase de crímenes, puede a todas luces ser el castigo más justo posible? Esta es la temática de la que habremos de ocuparnos en este capítulo y que aquí hemos ya bosquejado.

Una idea que anima a muchos en contra de la pena de muerte puede ser presentada como sigue: la pena capital causa aflicción anticipada al sentenciado, lo que denota inequidad, pues la retribución debe incumbir únicamente a la ejecución, no a un daño psicológico previo e inevitable. El vulnerar letalmente a un criminal –al margen de lo oprobioso de su acción y del merecimiento punitivo– sienta el precedente de futuras desmesuras judiciales, pues así como el acto delictivo atroz puede volver a ocurrir, de la misma manera el error procesal o de imputación puede sobrevenir. Y si esto último acaeciese, la ejecución de un inocente no podría revertirse. Aquí el problema que expone el abolicionismo no es ni podría ser *stricto sensu* de deontología vis à vis la víctima inocente, pues tal obligación la dejamos establecida en nuestros razonamientos en el Capítulo anterior, sino de inconsistencias valorativas derivadas de una noción de falibilidad que como veremos constituye un falso problema. El abolicionismo pretende convencer de que es inevitable el que haya jueces e investigadores ineptos, y que por ende se condene tarde o temprano a inocentes. Por lo tanto, no existen las condiciones para que no se den equivocaciones ni se cometan descomedimientos. La instrumentación de la pena capital es entonces inaceptable por principio. La sola posibilidad, por reducida que sea, de ejecutar a quien no tuvo la responsabilidad jurídica del crimen atroz, de quitarle la vida a un inocente, convierte al acto retributivo en un asesinato.

## **2.2. Paradoja entre la exigencia de equidad y la moderación judicial respecto del castigo irreversible.**

Así, pues, parecería que en última instancia estamos ante un dilema insalvable, a saber: un imperativo de conciencia de restituir la equidad mediante la imposición del *ius puniendi* y la restricción prudencial de ejercicio de la pena capital en vista de la índole contingente de cualquier sistema de justicia. Ahora bien, el aducir que por lo que podríamos llamar un ‘criterio de sensatez’ sería recomendable abstenerse de acreditar la *praxis* de un castigo irreversible lleva a una postura igualmente inaceptable en términos éticos.

Se justificaría, entonces, el que no obstante que haya víctimas inocentes de actos abominables y que ciertos hechos entrañen un merecimiento punitivo supremo – por su lesividad letal o su gravedad vejatoria – de todos modos no se ejecutara legalmente al criminal. Bajo esta perspectiva, el mismo principio de abstención ejecutoria regiría para los casos de flagrancia o de confesión no coactiva. El dilema es a primera vista inescapable: o se es inmoral por no atenerse a los principios constitutivos de la justicia o se es inmoral por incurrir en el peligro potencial de castigar a un inocente. Pienso, sin embargo, que el dilema es resoluble, pero antes de encararlo necesito completar mi presentación.

Según la tesis abolicionista que aquí nos concierne, es preferible que todo infractor brutal ejerza o goce de derechos penitenciarios, lo que significa que no podrá ser sujeto de vulneración o de ultraje alguno, incluso en los casos en que exista indubitabilidad respecto de la responsabilidad jurídica. La razón que se aduce es que ahí donde se institucionalice la pena capital se correrá siempre el riesgo de eventuales sesgos de parcialidad judicial. Por ende, es mejor salvaguardar la integridad de potenciales inocentes a quienes el poder público pudiese hacer imputaciones falsas, que cargar como comunidad con actos imperdonables de injusticia. Se antepone, pues, un pragmatismo que exima a la sociedad en cuestión, de un sentimiento de complicidad en probables crímenes legales.

### 2.3. Voltaire y el caso Jean Calas.

En su *Traité sur la Tolérance*<sup>1</sup>, Voltaire expone el caso de la condena a muerte del protestante Jean Calas, por habersele encontrado culpable del ahorcamiento de su hijo, Marc-Antoine. Este comerciante de Toulouse, de religión protestante, es juzgado por un tribunal católico, obviamente predispuesto hacia su persona, que sin ponderación acuciosa de los hechos decide con arbitrio infundado que se lleve a cabo su ejecución. He aquí como nos describe el autor al sentenciado:

“Il paraissait impossible que Jean Calas, vieillard de soixante-huit ans, qui avait depuis longtemps les jambes enflées et faibles, eût seul étranglé et pendu un fils âgé de vingt-huit ans, qui était d’une force au-dessus de l’ordinaire; il fallait absolument qu’il eût été assisté dans cette exécution

---

<sup>1</sup> Voltaire, *Traité sur la Tolérance*, Gallimard, 1975. <sup>1</sup> Voltaire –acorde con su tiempo- se refiere al precepto en términos iusnaturalistas como “le grand principe, le principe universel de l’un et de l’autre”(“el gran principio, le principio universal de uno y de otro”,. (Chapitre VI, p. 40).

par sa femme, par son fils Pierre Calas, par Lavaisse, et par la servante. Ils ne s'étaient pas quittés un seul moment le soir de cette fatale aventure"<sup>2</sup>.

El argumento enfatiza, de acuerdo con el relato en cuestión, la ceguera reflexiva a partir de la visceralidad religiosa; que de hecho podría extenderse a otros ámbitos de irracionalidad motivados por fanatismos políticos, raciales o de cualquier otra índole. Asimismo, se advierte claramente – como de hecho se evidenciará en el desarrollo ulterior de la exposición - la interposición de un dogma condenatorio en virtud de que el inculpado es diferente a la mayoría en lo que respecta a un asunto de creencia personal; lo que supone en él prácticas específicas de culto y hábitos que no corresponden al grupo dominante o mayoritario.

El primitivismo judicial que el caso volteriano nos plasma, donde la confesión es indisociable de burdos recursos coactivos para fabricar una verdad conveniente, no se propone esclarecer los hechos, sino fortalecer ciertas ideas fijas en la multitud enardecida, a partir de la configuración del otro como una amenaza sin más. Es inevitable aquí remitirse a la categoría del “enemigo” como una noción políticamente estructural<sup>3</sup>.

### 2.3.1. Prevaricación, fanatismo y tortura.

Es importante observar aquí que en este caso la aducida implacabilidad de los jueces – con la salvedad de uno que intercede por él –, no obedece a su rigor profesional ni a su celo por elucidar la verdad del caso. Independientemente de la inconsistencia de la acusación, confirmada por la inverosimilitud de las circunstancias inculpatorias aducidas, Jean Calas es un chivo expiatorio idóneo para un supliciamiento público que concite los ánimos de los asistentes contra quienes profesen un rito religioso diferente:

“toute la ville fut persuadée que c'est un point de religion chez les protestants qu'un père et une mère doivent assassiner leur fils dès qu'il veut se convertir"<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Ibid, p.19: “parecía imposible que Jean Calas, un viejo de sesenta y ocho años, que desde hacía mucho tiempo tenía las piernas hinchadas y débiles, hubiese estrangulado y colgado solo a un hijo de veintiocho años de edad, quien poseía una fuerza por encima de lo ordinario; se precisaba absolutamente que aquél hubiese sido asistido en tal ejecución por su mujer, por su hijo Pierre Calas, por Lavaisse y por la criada. Pero ellos no se habían abandonado un solo momento la tarde de esta fatal aventura”.

<sup>3</sup> Esta es la perspectiva en Carl Schmitt: “El enemigo político no tiene por qué ser moralmente malo; no tiene por qué ser estéticamente feo; no tiene por qué actuar como un competidor económico y hasta podría quizás parecer ventajoso hacer negocios con él. Es simplemente el otro, el extraño, y le basta a su esencia el constituir algo distinto y diferente en un sentido existencial especialmente intenso de modo tal que, en un caso extremo, los conflictos con él se tornan posibles, siendo que estos conflictos no pueden ser resueltos por una normativa general establecida de antemano, ni por el arbitraje de un tercero ‘no-involucrado’ y por lo tanto ‘imparcial’”. (Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, 2. La diferenciación de amigos y enemigos como criterio de lo político, Traducido de la edición de 1963 por Dénes Martos, [www.laeditorialvirtual.com.ar](http://www.laeditorialvirtual.com.ar)).

<sup>4</sup> Voltaire, op.cit. p. 15: “toda la ciudad fue persuadida de que un precepto de religión entre los protestantes es que un padre y una madre deban asesinar a su hijo cuando se quieran convertir”.

La tortura como método para obtener confesiones *ad hoc*, así como la confinación en mazmorras insalubres del imputado y su familia, su sirvienta y el amigo del occiso, son los recursos deplorables, independientes de la supuesta justificación del castigo. La ejecución en patíbulo mediante despedazamiento agónico de huesos y articulaciones en la rueda ilustra lo sañoso de la pena, su desproporcionalidad. La brutalidad de un poder público arbitrario y vengativo se impone sobre la indefensión del reo. La indignidad de las vejaciones infligidas a su cuerpo a guisa de espectáculo confiere un carácter ominoso al desenlace. A diferencia del enfrentamiento con posibilidades mutuas de muerte en escenarios diversos, frente a un tribunal dogmático y ciego, proclive al ajusticiamiento discrecional, no hay protección ni respuesta. Al faltar la reflexión y el discernimiento, la expectativa más probable es el asesinato legal. El individuo como sujeto jurídico no existe, sólo un clamor colectivo de ejecución del reo en turno, motivado por el temor generalizado:

“Le meurtre de Calas, commis dans Toulouse avec le glaive de la justice, le 9 mars 1762, est un des plus singuliers événements qui méritent l’attention de notre âge et de la postérité. On oublie bientôt cette foule de morts qui a péri dans des batailles sans nombre, non seulement parce que c’est la fatalité inévitable de la guerre, mais parce que ceux qui meurent par le sort des armes pouvaient aussi donner la mort à leurs ennemis, et n’ont point péri sans se défendre. Là où le danger et l’avantage sont égaux, l’étonnement cesse, et la pitié même s’affaiblit; mais si un père de famille innocent est livré aux mains de l’erreur, ou de la passion, ou du fanatisme; si l’accusé n’a de défense que sa vertu: si les arbitres de sa vie n’ont à risquer en l’égorgeant que de se tromper; s’ils peuvent tuer impunément par un arrêt, alors le cri public s’élève, chacun craint pour soi-même, on voit que personne n’est en sûreté de sa vie devant un tribunal érigé pour veiller sur la vie des citoyens, et toutes les voix se réunissent pour demander vengeance”<sup>5</sup>.

Encontramos en este párrafo – de ahí su cita prolija - el antecedente específico de una línea esencial de argumentación del abolicionismo en boga inspirado en este tipo de escenarios, a saber: la idea de que el inculpado llega a ser de manera recurrente una víctima del poder público, y de que tal poder está investido de facultades discrecionales para decidir ominosamente sobre la suerte del individuo, quien se encuentra de antemano a merced de fuerzas “institucionales” que lo rebasan y lo oprimen. Por ende, el estado lejos de brindar protección a sus

---

<sup>5</sup> Ibid, p. 13: “el asesinato de Jean Calas, cometido en Tolosa con la espada de la justicia, el 9 de marzo de 1762, es uno de los acontecimientos más singulares que merecen la atención de nuestra edad y de la posteridad. Se olvida pronto la multitud de muertos que ha perecido en innúmeras batallas, no sólo porque es la fatalidad inevitable de la guerra, sino porque aquéllos que mueren por la fuerza de las armas también podían dar muerte a sus enemigos, y no han perecido sin defenderse. Ahí donde el peligro y la ventaja son iguales, el asombro cesa, y la piedad misma se debilita. Pero si un inocente padre de familia es librado a las manos del error, la pasión o el fanatismo; si el acusado no tiene otra defensa que su virtud; si los árbitros de su vida no arriesgan al degollarlo sino el equivocarse; si pueden matar impunemente por un fallo, entonces el grito público se eleva, cada uno teme por sí mismo, se ve que persona alguna tiene seguridad de su vida ante un tribunal erigido para velar por la vida de los ciudadanos, y todas las voces se unen para exigir venganza”.

gobernados, tergiversa los hechos y criminaliza al inocente, castiga y sentencia a muerte con arbitrariedad, e incluso manipula la opinión mayoritaria en contra del acusado.

### 2.3.2. Impunidad, malevolencia y barbarie del poder público.

La narración volteriana sobre el caso Jean Calas corresponde a un ámbito comunitario grotesco de preconcepciones motivadas por prejuicios colectivos, lo mismo que a un cuerpo tribunalicio donde prevalece la mala fe como ajuste de cuentas con quien se considera un enemigo imperdonable por sus creencias religiosas divergentes. Empero, ¿no hay forma de aseverar que tal malevolencia de alguna figura de autoridad – cuyo pronunciamiento sea esencial en el desenlace procesal – podría impedirse, en virtud de la efectividad del sistema punitivo para neutralizarla? ¿Cuál sería el método infalible para lograr tal propósito? En términos volterianos sería propiciar un pensamiento exento de fanatismo y de dogmas que fuesen un obstáculo para la verdad – en este caso jurídica – respecto del delito en cuestión.

Lo que a Voltaire parece preocuparle es “le développement de l’esprit humain, longtemps enseveli dans la plus épaisse barbarie”<sup>6</sup>. Un brutal y recurrente primitivismo – cuya visceralidad propicia la desmesura y la sevicia – permea los sistemas de justicia que la historia consigna y la evidencia es profusa al respecto. No es posible hablar de evolución en lo que a sensibilidad ética atañe. Los ejemplos regresivos de abuso de autoridad no son un asunto privativo de ciertos siglos respecto de otros. El poder público, en virtud de sus recurrentes y constatables abusos, y por otra parte aquél que delinque, conculcan invariablemente el principio de conducta ética por excelencia, a saber: “Ne fais pas ce que tu ne voudrais pas qu’on te fit”<sup>7</sup>.

En esta sentencia se expresa la regla de oro de toda intersubjetividad viable: el reconocimiento de que la acción lesiva habrá de suscitar necesariamente una retribución equivalente, pues como tal es injustificable. Voltaire no hace mayor énfasis en ello, no obstante que la conclusión de dicho enunciado tendría que ser ejecutar legalmente al que causa con dolo la muerte a otro. El problema sigue residiendo para él en que quien decreta la sentencia es susceptible de falibilidad por distintos motivos, no necesariamente por mala voluntad. Es esto lo que refutaremos más adelante. Por lo demás, vale la pena notar que Voltaire sólo justifica una forma de intolerancia, viz., la que ejerce un gobierno – bajo su potestad de castigo – en relación con las acciones que afligen a la sociedad como crímenes:

“Pour qu’un gouvernement ne soit pas en droit de punir les erreurs des hommes, il est nécessaire que ces erreurs ne soient pas des crimes; elles ne sont des crimes que quand elles troublent la société: elles troublent cette

<sup>6</sup> Ibid, p. 27: “el desarrollo del espíritu humano, largo tiempo sepultado en la más espesa barbarie”.

<sup>7</sup> Ibid, p. 40: “no hagas aquello que no quieras que se te haga”.

société, dès qu'elles inspirent le fanatisme; il faut donc que les hommes commencent par n'être pas fanatiques pour mériter la tolérance"<sup>8</sup>.

El derecho de castigar que aquí se atribuye al poder público, y que además se vincula a conductas que producen trastornos en el ámbito social, denota la aceptación inevitable en el propio Voltaire del concepto de gobierno como instancia de arbitraje entre particulares. En este punto en particular, por la obviedad de la refutación, resulta pertinente puntualizar que es claro no ha de sustentarse la justicia en tribunales eclesiásticos. Esto representaría hoy un anacronismo en estados laicos y democráticos. ¡Nadie objetaría hoy esto! Por ello es inaudito que el abolicionismo contemporáneo use este tipo de ejemplos como argumento en contra de la pena capital. Pero por ser ello así, es preciso que analicemos las implicaciones que tal postura conlleva. Pero tengamos claro que la idea de responsabilidad jurídica no tiene nada que ver en ninguna legislación civil con culpa religiosa o de estigmatización de ciertas conductas, en virtud de estar motivadas por una creencia teológica diferente, sino que incumbe a la autoría comprobada en un acto lesivo injustificado respecto de un tercero.

### 2.3.3. Intolerancia y criminalidad.

Digamos por otra parte, que resulta digno de reflexión el que Voltaire vincule el crimen al fanatismo. El criminal violento, que con su conducta agrede sin derecho la dignidad del otro, niega la coexistencia con su intolerancia de la vida ajena. Podríamos decir que no es capaz de desenvolverse en lo que Aristóteles llama "comunidad" (κοινωνία<sup>9</sup>), que es la coparticipación axiológica que unifica a los ciudadanos en sus derechos y obligaciones y que confiere a la "ciudad" (πόλις) su estatuto de ámbito de virtud cívica. Hasta aquí estamos de acuerdo. Lo que resulta insostenible es lo que Voltaire va a concluir entrampado en su visión de una supuesta corrupción insuperable de la condición humana independientemente de los contextos históricos. Veamos esto.

Voltaire busca documentar evidencia histórica sobre la abyección y la falta de integridad moral del hombre, presuntamente indicativa de que la emancipación de su razón respecto del lastre de sus oprobios no es realizable. ¡Concluye entonces que es preferible la superstición religiosa al ateísmo esclarecido pero pernicioso! Su argumento es que aunque ambas opciones sean deplorables, en el primer caso cuando menos habría la posibilidad inhibitoria de ciertos actos bajo la figura de amenaza ultramundana; en el segundo, no habría fuerza superior que acotase la desmesura de quien no teme ninguna venganza divina.

<sup>8</sup> Ibid, p. 98: "para que un gobierno no esté en derecho de castigar los errores de los hombres, es necesario que tales errores no sean crímenes; éstos sólo son crímenes cuando perturban a la sociedad, y perturban a dicha sociedad desde que inspiran el fanatismo. Es preciso, por ende, que los hombres comiencen por no ser fanáticos para merecer la tolerancia".

<sup>9</sup> Aristotle, *Politics*, II, Loeb Classical Library, Harvard University Press, MCM LIX, 1276a 40, "εἴπερ γὰρ ἔστι κοινωνία ἢ πόλις". ("en efecto, la ciudad es una especie de comunidad"). Es decir, el sentido cívico está siempre investido de una identidad axiológica colectiva.

“Telle est la faiblesse du genre humain, et telle est sa perversité, qu’il vaut mieux sans doute pour lui d’être subjugué par toutes les superstitions possibles, pourvu qu’elles ne soient point meurtrières, que de vivre sans religion. L’homme a toujours eu besoin d’un frein, et quoiqu’il fût ridicule de sacrifier aux faunes, aux sylvains, aux naïades, il était bien plus raisonnable et plus utile d’adorer ces images fantastiques de la Divinité que de se livrer à l’athéisme. Un athée qui serait raisonneur, violent et puissant, serait un fléau aussi funeste qu’un superstitieux sanguinaire”<sup>10</sup>.

Desde esta perspectiva de un pesimismo motivado por la instintividad sanguinaria de los pueblos, Voltaire señala la que a su juicio es la más peligrosa de las supersticiones, a saber: “celle de haïr son prochain pour ses opinions”<sup>11</sup>. Lo más lamentable – sostiene - es que este vicio inveterado de conducta se encuentra recurrentemente como divisa inequívoca en presuntos grandes guías espirituales y gobernantes. Sobre éstos se pregunta:

“Et si ces sages maîtres se servaient de la force et de la persécution pour faire régner leur ignorance insolente, le terme de bêtes farouches serait-il déplacé?”<sup>12</sup>.

En síntesis, lo que Voltaire termina defendiendo es lo que supuestamente quería impugnar, a saber: el fanatismo. Justifica entonces el dogma religioso como forma de control de la conducta individual y social. Pero entonces incurre en una contradicción inescapable, pues es obvio que en un contexto así la injerencia de tribunales eclesiásticos sería inevitable, pues lo que se juzgaría sería el crimen como violación de preceptos divinos contenidos en un determinado texto sagrado. Voltaire sucumbe, pues, a su propia postura escéptica a ultranza respecto de la justicia y sus procesos, y avala el fanatismo de canónigos que serían los que controlarían el orden social, ¿pues de que otra forma podemos interpretar su idea de un freno divino al comportamiento humano?

#### **2.3.4. Indulgencia y justicia divina.**

Inmerso en este inconsistente planteamiento, Voltaire afirma que la única posibilidad de procurarse cierta dicha en esta vida estriba en la práctica de una actitud indulgente, pero llega al absurdo de aseverar que la justicia no es asunto humano, de nuevo bajo la cantilena de que no le es dado al hombre ejercer infalibilidad en sus juicios. La justicia es, pues, asunto divino, rebasa nuestra posibilidad de discernimiento cierto y definitivo:

---

<sup>10</sup>Voltaire, op.cit., p.104: “Tal es la debilidad del género humano y tal es su perversidad, que mejor le vale sin duda estar subyugado por todas las supersticiones posibles, siempre que no sean mortíferas, que vivir sin religión. El hombre siempre ha tenido necesidad de un freno, y aunque fuese ridículo sacrificar a los faunos, a los silvanos, a las náyades, era mucho más razonable y más útil adorar a tales imágenes fantásticas de la Divinidad, que librarse al ateísmo. Un ateo que fuese razonador, violento y poderoso, sería un azote tan funesto como un superstitioso sanguinario.”

<sup>11</sup> Ibid, p.107: “la de odiar a su prójimo por sus opiniones”.

<sup>12</sup> Ibidem: “y si estos sabios maestros se servían de la fuerza y la persecución para hacer reinar su ignorancia insolente, ¿el término de bestias salvajes sería revocado?”.

“Que faut-il pour être heureux dans la vie à venir? Être juste. Pour être heureux dans celle-ci, autant que le permet la misère de notre nature, que faut-il? être indulgent”<sup>13</sup>.

Entonces, si tomáramos en serio a Voltaire, lo único que tendría valor sería la ley mosaica o la verdad revelada, no habría ya que contar con cuerpos colegiados que legislaran códigos penales ni juzgar los delitos a partir de nociones jurídicas de culpabilidad, prueba pericial y sentencia no definidas en textos sagrados. La indulgencia no puede ser, por lo demás, un principio de actuación judicial. Si esto fuera así el inculpado estaría entonces exonerado de antemano. Lo que un buen juez hace es ser inexorable ante el delito, no conmoverse ante el rigor de la pena que una sentencia sustentada deba imponer. Hablar como hace Voltaire para invocar la noción de indulgencia, de una supuesta imposibilidad de erradicar el fanatismo – o los prejuicios en los juzgadores – y las dificultades epistemológicas de la razón humana para esclarecer cabalmente los hechos criminales conducen a esta postura de indulgencia, es sencillamente tergiversar los hechos. ¡Es obvio que como en todas las profesiones, los jueces deben acreditar conocimiento y aptitud! No se trata de nada más y esto es lo que debe prevalecer como argumento. Nuestra defensa de la pena de muerte ciertamente está a favor de que un sistema de justicia tenga viabilidad, pero no se ve menoscabada por probables malas prácticas judiciales, porque lo importante son los casos inequívocos de responsabilidad criminal en la destrucción de las vidas de víctimas inocentes y nuestra responsabilidad hacia ellas.

Así que es improcedente aseverar como hace Voltaire que sería preferible no ejercer los principios retributivos de equidad y proporcionalidad que judicialmente imponen la obligación moral del castigo supremo en el asesinato, a vulnerar sin remedio a quien probablemente no tuvo responsabilidad en algún acto de dicha índole:

“tant il est facile au fanatisme d’arracher la vie à l’innocence, et difficile à la raison de lui faire rendre justice”<sup>14</sup>.

Lo que en todo caso nos interesa juzgar y castigar son los actos atroces de culpabilidad irrefutable, donde no hay duda posible, y como ya mencionamos la casuística sobre esto es constatable ampliamente. En el caso Jean Calas, la revisión *a posteriori* del proceso inculpatario que propició su supliciamiento por el asesinato de su hijo Antoine, no obstante haberse tratado de un suicidio, es un ejemplo determinante de la aberración de un tribunal motivado por razones religiosas, que es lo que Voltaire paradójicamente –como vimos- termina implícitamente defendiendo con su noción de control social bajo férula religiosa.

<sup>13</sup> Ibid, p. 108: “¿Qué hace falta para ser dichoso en la vida por venir? Ser justo. Para ser dichoso en ésta, tanto como lo permita la miseria de nuestra naturaleza, ¿ qué hace falta? Ser indulgente”.

<sup>14</sup> Ibid, p.128: “tan fácil es para el fanatismo arrancarle la vida a la inocencia, como difícil para la razón de hacer que se le haga justicia”.

En la narración que nos ocupa, el tardío reconocimiento de la no comisión de delito alguno por parte del ejecutado, como tampoco por parte de miembro alguno de su familia o su servidumbre, lejos de descalificar al poder público como ámbito de justicia, habla de las consecuencias nefastas de la injerencia de dogmas de fe en el pronunciamiento judicial sobre los delitos. El que el abolicionismo en boga pretenda que casos como el aquí narrado por Voltaire invalidan la pertinencia de la pena de muerte, lo único que denota es un afán sofístico, pues la obligación moral con la víctima inocente para que su asesino no ejerza derechos no desaparece por la incapacidad de tal o cual sistema judicial, antes bien debe ser motivo de exigencia para garantizar tribunales adecuados y fehacientes, que es muy distinto. Al final – dirán los que se apoyan frívolamente en Voltaire - la admisión del error oficial y el consecuente resarcimiento crematístico, no restituyen la muerte legalmente injusta de un padre de familia honesto, como no compensa a los acusados por el ingente sufrimiento infligido:

“Le jour arriva (9 mars 1765) où l’innocence triompha pleinement. M. de Baquencourt ayant rapporté toute la procédure, et ayant instruit l’affaire jusque dans les moindres circonstances, tous les juges, d’une voix unanime, déclarèrent la famille innocente, tortionnairement et abusivement jugée par le parlement de Toulouse. Ils réhabilitèrent la mémoire du père. Ils permirent à la famille de se pourvoir devant qui il appartiendrait pour prendre ses juges à partie, et pour obtenir les dépens, dommages et intérêts que les magistrats toulousains auraient dû offrir d’eux-mêmes”<sup>15</sup>.

De nuevo, los casos de aberración judicial no son los que condicionan el valor ético de la pena de muerte, el cual se sustenta en un principio de supresión equitativa de derechos al perpetrador que los suprimió en la víctima. Aquí el punto es si se ha de dejar de aplicar un castigo en los casos inequívocos, que es el aspecto central del presente trabajo. Me refiero a los asesinos que confiesan con placer y cinismo las vejaciones y suplicios que infligieron, que no se conmueven ante el dolor de los supérstites, que incluso los ofenden y amenazan. Ahora bien, sí sería un despropósito pretender que no se entiende lo que quiere decir “inequívoco” a la luz de una confesión de este tipo.

### **2.3.5. Inmoralidad e impericia judicial.**

La falta de calidad ético-pericial de los jueces es algo que también señala Claude Adrien Helvetius, un contemporáneo de Voltaire:

---

<sup>15</sup> Ibid, p. 131: “el día llegó (9 de marzo de 1756) en que la inocencia triunfó plenamente. El Sr. de Bacquencourt habiendo referido todo el proceso, y habiendo instruido el asunto hasta en las circunstancias menores, todos los jueces con voz unánime declararon a la familia inocente, juzgada coactiva y vejatoriamente por el parlamento de Tolosa. Rehabilitaron la memoria del padre. Permitieron a la familia encarar a quien le incumbiese para reprender a sus jueces, y de obtener las costas, daños e intereses con los que los magistrados tolosanos hubieron de indemnizarla”.

“un juge absout un coupable, un ministre élève aux honneurs un sujet indigne; l’un et l’autre sont toujours justes, au dire de leurs protégés: mais que le juge punisse, que le ministre refuse, ils seront toujours injustes aux yeux du criminel et du desgracié”<sup>16</sup>.

Con este tipo de consideraciones repetidas hasta la náusea, el abolicionismo pretende crear un cargo de conciencia en relación con la pena de muerte, pues las preguntas serían: ¿cómo sostener que la sensación de que alguna sentencia pudo haber sido el resultado de una equivocación, podría considerarse superada indefectiblemente en algún sistema judicial real, no simplemente paradigmático? ¿Cómo estar ciertos de que el inculpaado no podría negar en su conciencia su responsabilidad ante la evidencia contundente?

El peso de estas preguntas no puede llevar a la conclusión de que entonces hay que tutelar la vida en todos los casos, incluso en los de flagrancia homicida o confesión no coactiva. ¿Por qué éstos habrían de desestimarse sin más? Los estados laicos contemporáneos – con su desarrollada técnica jurídica y su amplio acervo criminalístico y criminológico – cumplen con los requisitos para hacer viable una impartición de justicia que se rija por criterios de pulcritud indagatoria y probatoria. Nos vemos mal diciendo que esto no es posible, ¡pues entonces hagámoslo posible, pues nuestra obligación moral con la víctima inocente de no permitir la impunidad no se esfuma por cebarnos indolentemente en un estado de cosas que nace de nuestra inmoralidad como sociedad, no de imposibilidad probatoria ni de falta de elementos elucidatorios fehacientes.

Hay que decir de una buena vez que la deontología judicial y la virtud cívica son perfectamente ejercibles, pues ninguna sociedad viable es mayoritariamente criminógena ni el conjunto de sus funcionarios judiciales y juristas son corruptos. Sostener esto es sencillamente descalificar el ejercicio de la justicia magnificando ciertos casos o hechos. Si esto fuera cierto habría que cerrar los tribunales y recurrir a la vendetta. Se evidencia, entonces, que la pena capital nos sitúa en la irrecusabilidad ética; es decir, no hay cabida para ninguna otra conducta en los jueces que no sea la que mantenga en todo momento inobjektividad en el discernimiento y en los aspectos procesales y su peso probatorio. Voltaire, en lugar de determinar los requisitos para una actuación judicial sin falencias, idealiza al juez benevolente y temperado, como si se tratase de un excepción cuasi inconstatable en el ámbito de la justicia humana, lo cual como vimos es un simple recurso retórico que parte de su dogmática interpretación fatalista de la historia humana.

### **2.3.6. El paradigma del juez prudente como protector de la inocencia.**

<sup>16</sup> Helvetius, Claude Adrien., *De l’esprit*, l’Institut National de la Langue Française, Discours 2, Chapitre 2, p.51: “un juez absuelve a un culpable, un ministro inviste de honores a un sujeto indigno; el uno y el otro son siempre justos a decir de sus protegidos: sea que el juez castigue o que el ministro se rehúse, siempre serán injustos a los ojos del criminal y del desgraciado”.

Veamos ahora las conclusiones frívolas a las que conduce esta idealización del juez excepcional. Para Voltaire, como queda elucidado de lo hasta aquí expuesto, no es sustentable la exactitud judicial y ante la posibilidad indiscutible del desacierto con consecuencias irreparables, la sensatez – encarnada en un mítico personaje como el juez babilonio Zadig – dicta que “il vaut mieux hasarder de sauver un coupable que de condamner un innocent”<sup>17</sup>. La prudencia volteriana justifica el riesgo de impunidad ante la dubitación probatoria. Se trata de optar por el menor de los males ante la eventual falibilidad resolutoria al valorar una imputación.

No ser partícipes de la intolerable desgracia de propiciar la muerte de un sujeto ajeno al hecho criminal por una apreciación errónea debe ser la prioridad de nuestro concepto de ética en relación con el delito. De nuevo el argumento de la falibilidad como un muro insalvable. Ante esto, la respuesta inmediata es de nuevo que se haga pronunciamiento únicamente sobre lo que inequívocamente esté acreditado: confesión, flagrancia, evidencia criminalística, congruencia o contradicción testimonial, etc. ¿Qué para esto se requiere un juez excepcional?

El precepto volteriano de salvaguarda de la inocencia a toda costa; incluso si con ello el perpetrador se ve beneficiado, exige una templanza singular. Del emblemático Zadig se nos dice que:

“il savait modérer ses passions; il n’affectait rien; il ne voulait point toujours avoir raison, et savait respecter la faiblesse des hommes. On était étonné de voir qu’avec beaucoup d’esprit il n’insultât jamais par des railleries”<sup>18</sup>.

Se nos quiere persuadir que estamos ante un ejemplo encomiable de indulgencia, que no se permite dogmatismos y comprende bien la flaqueza de la condición humana y que, además, de esto no hace befa de nadie. Una personalidad así tendría que infundirnos admiración, pues su cercanía mejora la sensibilidad de quienes lo tratan, y en sus fallos no deja el regusto amargo de la inexorabilidad. Es absurdo configurar como hace Voltaire el perfil de un juez profesional por atributos personales, y no por competencias de discernimiento y conocimiento jurídico y pericial. Empero, el mítico e indulgente juez volteriano tiene una visión de las leyes donde se denota una contradictoria doble vertiente: protegen a la vez que intimidan. Este último aspecto se desliza en el texto sin ulterior aclaración y resulta paradójico teniendo en cuenta la benevolencia de la que se inviste al protagonista. En cuanto a la misión primordial de la figura de autoridad en lo que respecta a la justicia, Zadig tiene la cualidad de elucidar aquello que se pretende normalmente encubrir, lo que hace de él una inteligencia de excepción:

<sup>17</sup> Voltaire, *Zadig ou la destinée*, In Libro Veritas, Chapitre 6, p.23: “es mejor arriesgarse a salvar a un culpable que condenar un inocente”.

<sup>18</sup> *Ibid*, Chapitre 1, p.1. “Sabía moderar sus pasiones, no afectaba nada; no quería siempre tener la razón, entendía la debilidad de los hombres. Era de asombrarse con cuánto espíritu no insultaba jamás con befas”.

“Il croyait que les lois étaient faites pour secourir les citoyens autant que pour les intimider. Son principal talent était de démêler la vérité, que tous les hommes cherchent à obscurcir”<sup>19</sup>.

De todo esto puede concluirse lo siguiente: Zadig representaría una presunta contención en la severidad punitiva. Empero, el problema es que el personaje es insufrible, pues sus benévolos designios son inescrutables, no hay técnica probatoria ni justificación cognoscitiva en sus dictados, sencillamente actúa por una inspiración especial de la que es tributario. ¡Imaginemos a lo que conduciría acreditarse hoy como juez en estos términos! Tendríamos cuerpos tribunalicios de iluminados.

En el ejemplo sobre Jean Calas, a quien como vimos se condena por el asesinato de su hijo Marc-Antoine Calas y se acusa también por complicidad y asistencia en el crimen a su mujer, su hijo Pierre, un amigo del occiso y la sirvienta, ¿lo que habría sido necesario para no cometer la injusticia que se cometió con él habría sido un juez providencial y casi taumátúrgico como Zadig? En absoluto. El problema fue simplemente de falta de garantías y rigor procesales, y por ende de falta de jueces competentes, no de personajes *non plus ultra*. Estas deficiencias se hicieron manifiestas cuando tiempo después de la agónica ejecución de Jean, además de la tortura y la confinación carcelaria en condiciones inhumanas de los otros imputados, un nuevo tribunal se pronunció en forma absolutoria<sup>20</sup>. La justicia, pues, es perfectamente viable cuando se constatan requisitos de viabilidad en los procesos, y para ello ningún Zadig es indispensable.

#### 2.4. Hugo Bedau y su “caso en contra de la pena de muerte”.

En un contexto contemporáneo, el planteamiento de Hugo Bedau reviste similitudes innegables con la perspectiva volteriana. Sus objeciones se exponen con detalle argumentativo, recogiendo los aspectos prevalecientes en el discurso abolicionista vigente. Esto es significativo para el presente trabajo, ya que como se pudo ver en el Capítulo 1, los organismos civiles y la comunidad internacional preponderantes que impugnan la pena capital reducen su postura a una diatriba a guisa de enunciados sin justificación ulterior, bajo el sofisma de una obligatoriedad irrecusable en los tratados internacionales abolicionistas<sup>21</sup>.

Bedau comienza por contrastar las ponderaciones resolutorias de dos tribunales de casación en los Estados Unidos. En una se describe la pena capital

<sup>19</sup> Ibid, Chapitre 6. p.23. “Creía que las leyes estaban hechas para socorrer a los ciudadanos como para intimidarlos. Su principal talento era desembrollar la verdad que todos los hombres tienden a oscurecer”.

<sup>20</sup> Voltaire, *Traité sur la Tolérance*, Gallimard,, 1975, Chapitre XXV, pp. 123 y sig.

<sup>21</sup> Véase Capítulo 1, **1.4. Los tratados internacionales abolicionistas: el dogma de un derecho sin deber de reciprocidad y el malentendido de la obligatoriedad *ad perpetuum*** .

como “cruel and unusual punishment in violation of the Eighth and Fourteenth Amendments... harsh, freakish, and arbitrary”<sup>22</sup>, y en la otra se reconoce que son factibles “objective standards to guide, regularize, and make rationally reviewable the process for imposing the sentence of death”<sup>23</sup>. Las dos enmiendas referidas en la primera conclusión del tribunal de casación mencionado hablan respectivamente de protección del ciudadano contra “cruel and unusual punishments”, así como contra “unreasonable searches and seizures”<sup>24</sup>.

Bedau no hace ninguna elucidación respecto a cómo explicarse la discrepancia en la ponderación resolutive de dos tribunales de casación sobre el mismo tema, como cabría esperar en virtud de haber citado sendas jurisprudencias. Cuando se examina el contexto en el que ambas conclusiones judiciales se produjeron, se advierte que en un caso se trató de un escenario de homicidio muy probablemente accidental, que ameritaba más acuciosidad en la técnica criminalística indagatoria antes de proceder a dictar la sentencia, mientras que en el otro caso, la evidencia fue terminante en cuanto a la alevosía letal del acto irreparable perpetrado en personas inocentes que habían actuado de buena fe respecto del asesino.

De manera incomprensible, Bedau omite comentar esto, pues en realidad lo que da consistencia a los actos de justicia es el método de garantías a los imputados y el carácter fehaciente e indubitable de los procedimientos incumbentes de investigación. La racionalidad de la pena capital debe, por ende, evitar cualquier coerción sobre el imputado como recurso probatorio, lo mismo que la tergiversación de los hechos en cuestión. Es por ello que las conclusiones judiciales referidas no se contraponen, sino que son complementarias: una establece un interdicto a prácticas inaceptables de justicia, la otra refrenda la fuerza probatoria para llevar a un desenlace de pena terminante para un criminal atroz.

#### **2.4.1. Estigmatización enunciativa de la pena capital desde la perspectiva de una organización civil.**

Omitiendo lo anterior, Bedau se refiere sin más a la American Civil Liberties Union (ACLU), una asociación civil dedicada – según lo establece su misión – “to defend and preserve the individual rights and liberties guaranteed to every person in this country by the Constitution and laws of the United States”<sup>25</sup>. En

<sup>22</sup> Bedau, Hugo, Adam, *The Case Against The Death Penalty*, Capital Punishment Project, American Civil Liberties Union, Introduction, p-1: “castigo cruel e inusitado en violación de las Enmiendas y Octava y Décimocuarta ...duro, perverso y arbitrario”.

<sup>23</sup> Ibidem: “estándares objetivos para guiar, regularizar y hacer racionalmente revisable el proceso de imposición de la sentencia de muerte”.

<sup>24</sup> Véanse enmiendas respectivas en su versión en inglés.

<sup>25</sup> *American Civil Liberties Union blog*, bajo el rubro *key issues* (asuntos clave): “defender y preservar los derechos y libertades individuales garantizados a toda persona en este país por la Constitución y las leyes de los Estados Unidos”.

este tenor, la organización se arroga el derecho de actuar como “our nation’s guardian of liberty”<sup>26</sup>.

Es inconsistente que una institución privada represente a la justicia y la fiscalice, como si no fuese sustentable el constituir mecanismos públicos para tal propósito. Nada puede ser supletorio de tribunales competentes en el ámbito jurídico de un estado garante de imparcialidad y acuciosidad en los procesos probatorios de responsabilidad o exculpación. Y si a esto se argumenta que tales tribunales son utópicos, entonces tendría que cancelarse la posibilidad misma de impartición de justicia. Ello es absurdo y obedece a la entronización de un dogma, a saber: que no es posible la ética en los jueces ni en sus estructuras colegiadas. El problema con tales conjeturas estriba en que no proporcionan una casuística inconfutable de que tal sea el estado de cosas, algo que ya se vio en Voltaire. Y de paso, da la impresión de que todo esto conlleva una postura donde a ultranza se busca configurar el proceso penal como un ámbito conspiratorio.

No obstante esto, Bedau antepone el valor ociosamente reivindicativo de una organización social en materia de garantías personales salvaguardadas *ante facto* por un estatuto constitucional, a las potestades judiciales y enuncia una serie de aseveraciones sustentadas por dicha instancia civil, que no conllevan más fuerza probatoria que su redacción. Recogo a guisa de síntesis tales señalamientos en relación con la pena capital: se trata de un castigo cruel e inusitado; el asesinato es abominable pero la ejecución del estado es inmoral; destituye arbitrariamente al inculpaado de la posibilidad de evidencia acumulativa que lo exculpe; niega la equidad ante la ley al implicar discriminación; hay discrecionalidad inevitable en los procesos; comunica que el homicidio está justificado por razones pragmáticas del poder público; desvía la atención de la etiología social de la criminalidad; constituye un dispendio de recursos procesales y encarna el fracaso en la solución de problemas sociales complejos; una sociedad humana y decorosa no se permite ejecutar deliberadamente a sus semejantes <sup>27</sup>.

La argumentación en su conjunto no define ni matiza conceptualmente el caso central de la justificación de la pena capital, que es el crimen atroz. Confunde un asunto estrictamente de equidad de derechos -cancelados arbitrariamente en la víctima inocente por el acto criminal premeditado, que obliga moralmente a cancelarlos en el perpetrador- con nociones vagas de crueldad e inhumanidad. Ejecutar legalmente a un asesino implacable, evidentemente que conllevará infligir a éste una vulneración irreversible, pero ello es una obligación irrenunciable respecto de la propia víctima. Confunde además una casuística de actos abominables con aspectos de sociología criminal, que independientemente de su pertinencia para la prevención de una tipología delictiva específica, no tienen nada que ver con el hecho atroz cometido. Es

---

<sup>26</sup> Ibidem: “el guardián de la libertad de nuestra nación”.

<sup>27</sup> Bedau, Hugo, Adam, op.cit., Capital Punishment Project, American Civil Liberties Union, Introduction, pp. 2-3.

decir, el estilo de impugnación de la pena capital que aquí se nos muestra, no alcanza a elucidar que la obligación moral con la víctima inocente surge cada vez que un crimen atroz ocurre, al margen de las estrategias disuasivas o preventivas que la autoridad incumbente instrumente para distintos tipos de delito. La referencia a esta línea de argumentación en contra de la pena capital resulta significativa, porque refleja de manera emblemática las posturas abolicionistas contemporáneas en Europa principalmente, y a las que ya se hizo alusión. Es decir, no hay en este sentido nada novedoso a lo que hoy es la política oficiosa en materia de impugnación de la pena de muerte.

#### **2.4.2. La pena capital no disuade, no es justa, no es equitativa, no es expedita, supone un alto costo.**

Esta diatriba lleva al autor a delimitar su ámbito crítico a dos aspectos, según lo expone:

“Two conclusions buttress our entire case: capital punishment does not deter crime, and the death penalty is uncivilized in theory and unfair and inequitable in practice”<sup>28</sup>.

En cuanto a la disuasión, Bedau argumenta que para que un castigo tenga esta característica, precisa ejercerse “consistently and promptly”<sup>29</sup>. Sin embargo, en los juicios por asesinato en los Estados Unidos – que es el marco de referencia de su análisis - las diligencias judiciales exigen tiempos mucho más prolongados antes de la sentencia, lo que significa costos más elevados para el desahogo de pruebas y la resolución de dichos casos:

“A murder trial normally takes much longer when the death penalty is at issue than when it is not. Litigation costs –including the time of judges, prosecutors, public defenders, and court reporters, and the high costs of briefs– are all borne by the taxpayer”<sup>30</sup>.

Según esto, ejecutar legalmente a un imputado y sentenciado por asesinato se traduce al final de un prolongado y difícil proceso en una carga más para el contribuyente, de donde pareciese colegirse que sería recomendable eximir al ciudadano de un arancel innecesario. ¿Qué clase de peregrino argumento es éste? ¿No hay aquí una abierta contradicción? Ahora resulta que el estado estaría regateando la justicia cuando es parte de sus funciones públicas el invertir en tales procesos. Y lo mismo puede decirse de otros campos de la actividad social,

<sup>28</sup> Ibid, p.3: “Dos conclusiones afianzan todo nuestro caso: el castigo capital no disuade del crimen, y la pena de muerte es incivilizada en teoría, injusta e inequitativa en la práctica”.

<sup>29</sup> Ibidem: “consistente y expeditamente”.

<sup>30</sup> Ibid, p.14: “Un juicio por asesinato normalmente es mucho más prolongado cuando la pena de muerte está en juego que cuando no lo está. Los costos del litigio – incluyendo el tiempo de jueces, fiscales, defensores públicos y escribanos, y los altos costos de las actas – recaen en el contribuyente”.

como la medicina, la educación o los servicios comunitarios, pues para todo esto se recaudan impuestos

Por otra parte, lo grosero del presunto argumento de racionalización económica – como el aquí pergeñado - para evaluar la pertinencia de una pena, estriba en menoscabar una obligación moral indeclinable con la víctima inocente, en virtud de que la realidad gubernativa de una determinada sociedad no puede garantizar una justicia eficiente y depurada. Esto es equivalente a decir que la ética está subordinada a criterios crematísticos y que ha de ponderarse a partir de la disponibilidad de un determinado presupuesto público ¡El cual se debe dar por hecho que debe proporcionarse! Entonces habría que considerar también los castigos de compurgación penitenciaria bajo la misma lógica, de manera que al saturarse el cupo viable de internos, no se expidieran más autos de formal prisión hasta no contarse con sitio disponible para nuevos ingresantes. Por consiguiente, el argumento contra la pena capital sustentado en el concepto de costo procesal, constituye una aberración en términos morales, y pretende convencer de que el baremo de la justicia deben ser las inoperancias judiciales dogmáticamente asumidas como inherentes a todo sistema de política criminal, lo cual es un argumento escéptico oficioso como se ha visto. Ya mencionamos la casuística criminal de confesión inequívoca, culpabilidad probada criminalísticamente, etc.

#### **2.4.2.1. El asesinato no suele ser una acción premeditada.**

Por otra parte, para el abolicionismo de Bedau son raros los homicidios cuya comisión se derive de una premeditación fría y calculada, lo cual es empíricamente falso. ¿Quiere decir que entonces que no hay conciencia del acto en el asesino? ¿Entonces por qué se le considera asesino, acaso en virtud de que lo que hizo fue un acto reflejo o consecuencia de una secreción hormonal? Esto es sencillamente absurdo y busca volver ambigua la noción de asesinato, la cual encuentra una definición jurídica clara en cualquier código penal. Así pues, se esgrime sin ningún rigor ético (contrariamente a lo que normalmente se opina en tal forma de argumentación), que la visceralidad o la alteración psicotrópica prevalecen en este tipo de delito, y eso se presenta como un factor que ha de tomarse en cuenta para la evaluación del acto:

“Most capital crimes are committed during moments of great emotional stress or under the influence of drugs or alcohol, when logical thinking has been suspended. Impulsive or expressive violence is inflicted by persons heedless of the consequences to themselves as well as to others”<sup>31</sup>.

Si esto es así, y aunque el autor no lo concluye explícitamente de este modo, la sociedad necesitaría de procedimientos terapéuticos que mitigasen las tensiones emocionales o encauzacen la impulsividad de los individuos, o bien redujeren sus adicciones para que el asesinato dejase de manifestarse con un determinado

---

<sup>31</sup> Ibidem: “La mayoría de los crímenes capitales se cometen durante momentos de gran tensión emocional o bajo la influencia de drogas o de alcohol, cuando el pensamiento lógico ha quedado suspendido. La violencia impulsiva o expresiva la infligen personas desatentas a las consecuencias para sí mismas como para otros”.

índice de incidencia, que para un modelo social pudiese resultar preocupante. Empero, ¿garantizaría tal estrategia de profilaxis conductual – concediéndole una eficacia singular – la no incidencia sin más del asesinato?

Una vez más, el asunto toral no es el de propiciar con ejemplos y exhortos laudables un comportamiento respetuoso y solidario respecto de la dignidad de los demás – cualquiera que fuese el contexto social determinado –, sino cómo hemos de conducirnos deontológicamente ante el evento del acto abominable contra una víctima inocente. Porque el asesinato está perfectamente tipificado como delito grave, sigue cometiéndose y requiere por ende un castigo acorde en términos éticos.

#### **2.4.2.2. La pena capital inhabilita al perpetrador, pero la casuística muestra baja reincidencia.**

Bedau sencillamente no se plantea la pregunta referente a la actitud deontológica ante el crimen atroz, la que concierne a no permitir la impunidad a favor del infractor concediéndole derechos penitenciarios. Sin embargo, le reconoce a la pena capital que ésta “guarantees that the condemned will commit no further crimes”<sup>32</sup>. En este sentido, se está sin duda ante un “incapacitative, not a deterrent, effect of executions”<sup>33</sup>. Pero acto seguido vuelve a anteponer una supuesta evidencia estadística, según la cual “it is too high a price to pay when studies show that very few convicted murderers ever commit another crime of violence”<sup>34</sup>. Por consiguiente, lo importante parece ser la constatación de que si el índice de asesinatos se mantiene estable, entonces el castigo supremo es redundante. Este es el “argumento”. De nuevo, persiste como retórica permanente en el discurso de este autor abolicionista, la alusión a una estadística criminal local (el contexto estadounidense) como criterio de valoración de estrategias o prácticas institucionales en relación con la disuasión o control del delito, que soslaya por completo el problema ético ya reiteradamente expuesto que emana del acto abominable y sanguinario.

Ahora bien, la medición cuantitativa de la comisión de ciertos delitos y los resultados que arroje, está supeditada a factores circunstanciales y a la cifra negra de los crímenes no denunciados. Se trata, por ende, de un instrumento evaluativo aleatorio. Contrario a esto, la postura ética respecto de la pena capital que aquí sustentamos se proyecta en un horizonte conceptual por completo diferente, a saber: la evidencia de un solo caso de crimen atroz, independientemente de la cifra estadística del momento, vuelve a plantearnos la obligación irrecusable con la víctima inocente de cancelación de cualquier derecho *post sententiam* al responsable, y soslayar este imperativo es deshonar la memoria y la dignidad de quien haya sucumbido a causa de la virulencia de un delito de tal gravedad. Esta perspectiva está por completo ausente en Bedau.

<sup>32</sup> Ibid, p.5: “garantiza que el condenado no cometerá más crímenes”.

<sup>33</sup> Ibidem: “efecto incapacitador, no disuasivo, del crimen”.

<sup>34</sup> Ibidem: “es muy alto el precio que se paga cuando los estudios muestran que muy pocos asesinos convictos vuelven a cometer otro crimen con violencia”.

### 2.4.2.3. Impredecibilidad delictiva e intolerabilidad de un alto índice de ejecuciones.

Sobre esta endeble base llega Bedau al sorprendente aserto de que al no poder tener certidumbre de que un asesino sentenciado no habrá de reincidir y de que es innegable que la única forma de impedir tal posibilidad es ejecutarlo, si el castigo se infligiese entonces inevitablemente el número de ejecuciones sería muy alto y las ejecuciones demasiado frecuentes y por ende dicho castigo se volvería inaceptable en términos sociales:

“There is no way to predict which convicted murderers will kill again. Repeat murders could be prevented only by executing all those convicted of criminal homicide. Such a policy is too inhumane and brutal to be taken seriously. Society would never tolerate dozens of executions daily, yet nothing less would suffice”<sup>35</sup>.

Este argumento, como fatídico corolario de la postura expuesta por el autor, termina grotescamente haciendo conjeturas sobre las perspectivas de ejecuciones en un contexto social que por lo demás no se elucida en su etiología delictiva; simplemente se asevera que muy probablemente habría una incidencia elevada de este tipo de desenlaces procesales en sentencias de pena capital. Es evidente que un modelo social con deformaciones institucionales, falta de honestidad y profesionalismo de índole pericial y judicial, fracturas ostensibles en la vida cívica, connivencia de autoridades con grupos fácticos, y otras deficiencias estructurales, no podría estar a la altura ética del ejercicio de la pena capital.

Ya se expuso la importancia de la virtud cívica en la conformación comunitaria cuando se hizo alusión a Platón y Aristóteles. Empero, tal disfuncionalidad sistémica es asimismo una falacia, pues de ser cierta llevaría a la absurda conclusión de que sería preciso clausurar las instituciones de impartición de justicia y cerrar los ojos a los casos indiscutibles de imputabilidad delictiva.

### 2.4.3. Medición estadística criminal como método prioritario de análisis.

Se sigue, pues, de todo lo anterior que para Bedau la plausibilidad del ejercicio de la pena capital se vuelve prácticamente un simple asunto estadístico. Hay entonces un umbral casuístico – nunca debidamente especificado – que una vez transpuesto convierte al *ius puniendi* en cuestión en una práctica lesiva para la ciudadanía. Como resulta patente, no se nos dice claramente por qué y esto resulta simplemente increíble, puesto que el tema exige aclaraciones en puntos nodales como éste. Podría suponerse que en un escenario como el aquí descrito se estaría propiciando un estado de angustia colectiva ante un fenómeno de homicidios legales que no cesase en su intensidad, y que reflejase una violencia

<sup>35</sup>Ibid, p.6. “No hay forma de predecir qué asesinos convictos matarán de nuevo. Los asesinatos reiterados sólo podrían prevenirse ejecutando a todos aquéllos condenados por homicidio criminal. Tal política es demasiado inhumana y brutal para considerarse en serio. La sociedad jamás toleraría docenas de ejecuciones diariamente, aunque nada menos bastaría”.

inabitable inherente a la vida cotidiana, sin que por otra parte se esclareciesen sus causas – como ya aduje - y por ende no se propusiese un remedio loable. O peor aún, que conociéndose tales causas y la solución al problema, no hubiese la voluntad política o la recomposición cívica para superar tal circunstancia.

Esto equivale al absurdo argumento de quien adujera que una sociedad ha de considerarse próspera si mantiene un porcentaje “razonable” de marginados, pues lo importante es apreciar el mayoritario universo de los exitosos y los aventajados en términos económicos. Entonces significa que la marginación es un fenómeno nebuloso e inextricable que acaece sin remedio, con el cual tenemos que habérnoslas al margen de la evolución social en distintos ámbitos. Precisamente es lo que deja entrever Bedau en relación con los homicidios: mientras su número no sobrepase una cifra porcentual considerada *a priori* como aceptable, tales delitos no exigen un castigo especialmente riguroso.

#### **2.4.4. La pena capital como castigo discriminatorio.**

Otro de los conceptos que Bedau esgrime como un factor sustantivo de su impugnación de la pena capital es el de *unfairness*. De hecho la refutación a esto se infiere de los argumentos de réplica que he esgrimido, pero es importante citar la postura ex profeso en virtud del carácter distintivo que la misma reviste para Bedau. Una traducción perifrástica pero fiel –en el contexto de su exposición– podría ser la de inequidad procesal y judicial. Porque es precisamente a lo que se refiere, esto es, a la arbitrariedad y a la índole sesgada de los procesos y las decisiones judiciales en los casos de pena capital, en el sistema penal estadounidense, que es el del que él se ocupa, pero sugiriendo con fuerza –al parecer- que lo que vale para los Estados Unidos, vale *a fortiori* para el resto del mundo.

Es incuestionable, por otra parte, que en ese país la estigmatización racial ha sido una constante en el tratamiento de los imputados por asesinato y otros delitos graves como violación y robo violento con escalo. Y en una cifra elevada, no ha habido el beneficio de la apelación ante un tribunal de casación:

“The nation’s death rows have always had a disproportionately large population of African-Americans, relative to their fraction of the total population. Over the past century, black offenders, as compared with white, were often executed for crimes less often receiving the death penalty, such as rape and burglary. (Between 1930 and 1976, 455 men were executed for rape, of whom 405 (or 90 percent) were black.) A higher percentage of the blacks who were executed were juveniles; and blacks were more often executed than were whites without having their conviction reviewed by any higher court”<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Ibidem.: “Los corredores de la muerte de la nación siempre han tenido una población desproporcionadamente vasta de afroamericanos, considerando esta fracción en la población total. En el siglo pasado los infractores negros, comparados con los blancos, eran a menudo ejecutados por

Una vez más, Bedau vuelve a consignar una evidencia estadística para acreditar su posición – pues no puede renunciar al método por él elegido como herramienta analítica omnímoda –, donde el racismo como divisa de un modelo social específico habría prevalecido históricamente en el ejercicio de la pena capital por parte del poder público. Pero es esto mismo lo que viene a hacer ostensible lo vicioso de su argumento, pues lo que pone de manifiesto es que lo que está mal en la impartición de justicia no es la pena de muerte, sino la intromisión del racismo. De igual modo, arguye que la discriminación judicial viene a plasmarse en aspectos socioeconómicos o de género <sup>37</sup>. Se castiga inexorablemente a los estratos con menor capacidad de consumo, donde lo que se advierte son minorías no integradas a un sistema de vida aceptable, lo que no acaece con los estratos acaudalados:

“Discrimination against the poor (and in our society racial minorities are disproportionately poor) is also well established...A defendant’s poverty, lack of firm social roots in the community, inadequate legal representation at trial or on appeal—all these have been common factors among death-row populations. As Justice William O. Douglas noted in *Furman*, ‘One searches our chronicles in vain for the execution of any member of the affluent strata in this society’”<sup>38</sup>.

Lo único que Bedau ha acertado a hacer con tales señalamientos es explicitar que el *ius puniendi* no puede concebirse –y particularmente en lo referente a la pena capital– como un instrumento de aplicación discriminatoria, lo cual es casi una verdad de Perogrullo. Una sociedad con mayor sensibilidad moral que otra sin duda tendrá más certidumbre en cuanto a lo inadmisibile de una conducta, mayor respeto a las personas por su calidad racional. Empero, esto no significa que al margen de las insuficiencias de un sistema social determinado, no haya criterios contundentes para castigar a un infractor atroz, que es precisamente el tema central de este trabajo.

#### **2.4.5. La pena capital como castigo irrevocable en casos de inocencia.**

---

crímenes menos factibles de merecer la pena de muerte, como la violación y el robo. (Entre 1930 y 1976, 455 hombres fueron ejecutados por violación, de los cuales 405 (o 90 por ciento) eran negros). Un porcentaje más alto de los negros que fueron ejecutados eran (delincuentes) juveniles; y los negros fueron ejecutados más a menudo que los blancos sin que su condena la revisara alguna corte superior”.

<sup>37</sup> *Ibid*, p.7.

<sup>38</sup> *Ibidem*: “La discriminación contra los pobres (y en nuestra sociedad las minorías raciales son desproporcionadamente pobres) está también bien establecida...La pobreza de un acusado, su falta de raíces sociales firmes en la comunidad, la representación legal inadecuada en el juicio o la apelación, todo éstos han sido factores comunes entre las poblaciones de los corredores de la muerte. Como el juez William O. Douglas advirtió en (el caso) *Furman*: ‘se busca en nuestras crónicas en vano la ejecución de algún miembro de los estratos acaudalados en esta sociedad’”.

De manera similar a Voltaire – aunque en absoluto haga mención de él – Bedau, luego de haber señalado las insuficiencias del sistema judicial de referencia, hace una admonición terminante, a saber:

“Unlike all other criminal punishments, the death penalty is uniquely irrevocable”<sup>39</sup>.

Este argumento, que resulta de mayor peso que las impugnaciones de índole estadística referidas, lleva a plantear lo siguiente: en último análisis, lo que constituye el grave trasfondo de la pena capital es precisamente que no habría posibilidad satisfactoria de enmendar un error judicial, pues una condena inmerecida descalificaría por completo al poder público.

No sería concebible restituirle valor ético a ninguna de sus intervenciones ulteriores, en virtud de que el estigma de un asesinato legal permanecería como algo imborrable. Se tendría, en suma, la impronta vergonzante de haber ejecutado a un inocente. Ante esto, ¿qué autoridad moral asistiría al sistema de justicia para decretar en casos futuros la pena capital? Continuando con su metodología estadística, no obstante que para el razonamiento aquí considerado esto es ocioso, ya que un solo inocente condenado por desaseo investigativo o judicial basta para derrumbar la postura a favor de la pena capital, Bedau afirma:

“Yet a large body of evidence shows that innocent people are often convicted of crimes, including capital crimes and that some of them have been executed...In many cases, a reprieve or commutation arrived just hours, or even minutes, before the scheduled execution. These erroneous convictions have occurred in virtually every jurisdiction from one end of the nation to the other.”<sup>40</sup>

Ante una burocratización y un descomedimiento tales de la institucionalidad judicial, resulta manifiesto que la no sustentabilidad fehaciente e incontrovertible de las sentencias, lo intolerable de un sistema de justicia que reincide en sus desaciertos, son factores de peso para desalentar el ejercicio de un *ius puniendi* extremo, el cual supuestamente termina suscitando agobio social en virtud de la probabilidad de que cualquier ciudadano pudiese verse involucrado en una consignación de consecuencias fatídicas sin que hubiese perpetrado delito alguno.

Lo increíble de esta retórica es que no proponga nada para corregir el estado de cosas, y que se nos quiera hacer creer dogmáticamente que se está ante una especie de fatalidad en cuanto a la falibilidad judicial ¡Porque sigue siendo evidente que hay víctimas inocentes respecto de las cuales tenemos una

---

<sup>39</sup> Ibid, p. 8: “A diferencia de todos los otros castigos criminales, la pena de muerte es singularmente irrevocable”.

<sup>40</sup> Ibidem: “Aunque un amplio cuerpo de evidencias muestra que gente inocente es a menudo condenada por crímenes que incluyen los de índole capital y que a algunos se les ejecuta...en muchos casos el indulto o la conmutación llegaron justo horas o aún minutos antes de la ejecución programada. Estas condenas erróneas han ocurrido virtualmente en todas las jurisdicciones, de un extremo al otro de la nación”.

obligación de no tolerancia a la impunidad de quienes las ejecutaron! Es claro que el problema ético que plantea el crimen atroz reaparece con cada caso, y en este sentido la inepticia probatoria va en detrimento de la obligación de la administración de justicia, que es precisamente esclarecer fehacientemente el delito.

Resulta infundado aducir que no se cuenta en la práctica judicial con las técnicas y los procedimientos probatorios para acreditar fehacientemente la responsabilidad penal en los casos de crimen abominable, como si se estuviera señalando un asunto insalvable. Simplemente, deben exigirse condiciones para la profesionalización y la conducta imparcial de investigadores del delito y jueces especializados, aptos para la revisión acuciosa de las evidencias y la emisión de fallos debidamente sustentados. ¡Es patético y cínico aseverar que esto no es realizable! ¡Es algo que el estado debe garantizar, tribunales idóneos y expeditos!

Por lo tanto, lo único que pone de relieve la supuesta paradoja de Bedau entre irreversibilidad de la pena capital y la disfuncionalidad judicial del estado, queriendo justificar con ello la renuncia a este castigo, es que es incomprensible que las condiciones para el buen funcionamiento de un sistema de justicia no se propicien, cuando hablamos de democracias laicas, de autonomía de poderes, de garantías cívicas, etc. ¿Qué entonces habría poderes misteriosos y aviesos que distorsionarían todos estos conceptos y ante los cuales la ciudadanía estaría impotente? Porque de ser así, el problema no es de disfuncionalidad, sino de pasividad social. No es la pena capital lo que se impugnaría aquí, sino la subyugación de las instituciones y los gobernados a fuerzas extralegales.

#### **2.4.5.1. Dolo, parcialidad y discrecionalidad del poder público.**

En el mismo tenor de argumentación, si el paradigma de la justicia no es sino una añagaza para ocultar un trasfondo criminógeno inherente al poder público, si no puede superarse la unilateralidad y las preconcepciones de los juzgadores para que impere la *sindéresis* en su desempeño, entonces la pena capital se vuelve un instrumento discrecional en contra de la propia población. Es eso lo que la echa a perder:

“But when discretion is used, as it always has been, to mark for death the poor, the friendless, the uneducated, the members of racial minorities, and the despised, then discretion becomes injustice”<sup>41</sup>.

Lo que aquí se estaría planteando – y que resulta un truismo - es que simplemente la praxis de tal o cual sistema de justicia (emblemáticamente el estadounidense en el caso del autor) tiende a mostrar inconsistencias e imperfecciones que de manera irrecusable ocasionan la inequidad y la decisión

---

<sup>41</sup> Ibidem: “Pero cuando se usa la discreción, como siempre ha sido, para marcar con la muerte a los pobres, los sin amigos, los no educados, los miembros de minorías raciales y los despreciados, la discreción se vuelve injusticia”.

judicial dolosa o fallida. ¿Cómo instaurar entonces esta punición con impecabilidad demostrativo-procesal? Bedau hace referencia al espectro de falencias en este sentido, donde ni siquiera la rectificación del error suele provenir del ámbito judicial:

“Overzealous prosecution, mistaken or perjured testimony, faulty police work, coerced confessions, the defendant’s previous criminal record, inept defense counsel, seemingly conclusive circumstantial evidence, community pressure for a conviction, such factors help explain why the judicial system cannot guarantee that justice will never miscarry. And when it does miscarry, volunteers outside the criminal justice system, newspaper reporters, for example, and not the police or prosecutors, are the ones who rectify the errors. To retain the death penalty in the face of the demonstrable failures of the system is unacceptable, especially as there are no strong counterbalancing factors in favor of the death penalty”<sup>42</sup>.

El panorama descrito nos sitúa – una vez más en la circularidad argumentativa de Bedau - en un ámbito de justicia abortiva, porque no sólo se cae en la cuenta de que la idea de tribunal sugiere un universo cuyos códigos carecen de transparencia e inteligibilidad para el imputado, el cual es sometido sin piedad a la jerigonza legista bajo la que eventualmente se le condenará, sino que ingresa a una temporalidad burocrática donde la espera y el agobio lo acompañan permanentemente. Una vez más, el problema sigue siendo de pasividad social, no de inviabilidad esencial en los sistemas de justicia, cuyas nociones son claras.

#### **2.4.6. Sufrimiento psicológico y físico del reo e indefensión frente al poder público.**

En otro orden de ideas, adoptando la perspectiva del sentenciado, Bedau hace alusión al sufrimiento infligido a éste durante el procedimiento de su ejecución. De acuerdo con tal postura, en ningún método de administración de la muerte al reo en la historia de los Estados Unidos –ahorcamiento, fusilamiento, electrocución o inyección letal – podría afirmarse que se garantiza un desenlace sin agonía ni dolor ( “there is no way of knowing that it is really painless”<sup>43</sup>). Los espasmos de un cuerpo vulnerado, el abatimiento emocional que suscita la inminencia del propio deceso, la falibilidad misma de los verdugos y los

---

<sup>42</sup> Ibid, p.10. “El enjuiciamiento rigorista, el falso testimonio o con perjurio, la deficiente labor policial, las confesiones coactivas, los antecedentes criminales del acusado, el inepto consejo legal, la evidencia circunstancial aparentemente concluyente, la presión comunitaria por la condena, tales factores ayudan a explicar por qué el sistema judicial no puede garantizar que la justicia jamás se malogrará. Y cuando en efecto se malogra, son voluntarios externos al sistema de justicia criminal, periodistas, por ejemplo y no la policía o los fiscales, los que rectifican los errores. Retener la pena de muerte de cara a las falla demostrables del sistema es inaceptable, especialmente cuando no hay sólidos factores de contrapeso favor de este castigo”.

<sup>43</sup> Ibid, p.11: “no hay forma de saber que es realmente indolora”.

instrumentos a su cargo, todo esto sugiere actos de barbarie para satisfacer un ominoso “delight in brutality, pain, violence, and death...”<sup>44</sup>.

En última instancia, todas estas técnicas se revelan como “an expression of the absolute power of the state over the helpless individual”<sup>45</sup>. La vulneración letal de aquél que se condujo implacable y sanguinariamente con un inocente, es por definición la inflicción de un daño que conlleva inevitablemente dolor y sufrimiento, no podría ser de otra manera porque entonces resultaría ininteligible el concepto de ejecución.

Es inconsistente y banal que Bedau argumente que en tal acto legal de una institución de justicia pública, deba haber un trasfondo de placer sádico en la desgracia del ejecutado. Desde la perspectiva de quienes les compete llevar a cabo el cumplimiento de una sentencia irremisible, se trata de funcionarios que de manera impersonal y técnica dan curso al cumplimiento de un mandato. Ahora bien, esta fuera del alcance de una esfera judicial que entre los supérstites de la víctima o la ciudadanía en general se susciten sentimientos de satisfacción o de rencor hacia el criminal, lo cual por lo demás es perfectamente entendible.

La idea de indefensión del individuo frente al poder público a la que alude Bedau – postulada también por Bobbio y por Camus<sup>46</sup> –, es sencillamente especiosa cuando se habla de un juicio de garantías con defensa jurídica pertinente, recursos de apelación y revisión de evidencias por cuerpos colegiados competentes. No se trata en absoluto de condena mediante juicio sumario y discrecional emanado del arbitrio intempestivo de un juez dudoso, sino que hay instancias y cuerpos colegiados que intervienen en la revisión de las pruebas ¡Muchísimo más de lo que a la víctima concedió su asesino!

Una vez más y como ya hemos señalado, Bedau omite rotundamente el plantear la interpelación ética que conlleva el crimen atroz, parodia a la justicia pública como una suerte de implacable Crónida – valga la metáfora - que devora a quienes le han dado un poder vicario para salvaguardarlos en su integridad y en su propiedad, resaltando con ello un recelo permanente respecto de su imparcialidad. Vuelve afirmación apodíctica lo que no es sino falta de atingencia deontológica en la praxis institucional de la justicia y perfectamente corregible si hay la voluntad política y social para ello. Pero al margen de esto, no hay en su discurso ninguna mención a los casos indubitables cuyo acervo es significativo.

#### **2.4.7. Problematicidad respecto de la índole retributiva de la pena capital.**

<sup>44</sup> Ibid, p.12: “el deleite en la brutalidad, el dolor, la violencia y la muerte...”.

<sup>45</sup> Ibidem: “una expresión del poder absoluto del estado sobre el individuo indefenso”.

<sup>46</sup> Véase Capítulo 1, 1.13. **Bobbio y el sofisma de la pena capital como acto de crueldad**, y también.

**1.14. Camus y la apología de la irracionalidad conductual como precepto de inimputabilidad en la comisión del crimen atroz.**

Una última línea de debate por parte de Bedau tiene que ver con sus objeciones a la índole retributiva de la pena capital. Su tesis central es que si ha de haber legitimidad del castigo en términos retributivos, ésta puede plantearse de manera consistente sin el recurso de la ejecución del reo<sup>47</sup>. Según su perspectiva, salvo el asesinato, no habría otros crímenes en los que tal expediente punitivo cobrase pertinencia. Hace referencia a la violación, el secuestro, el espionaje, la traición (se infiere que al estado) y los delitos contra la salud<sup>48</sup>, faltas muy graves respecto de las que, sin embargo, no elucida por qué habrían de excluirse de un castigo irremisible.

Aquí es importante decir que si bien el asesinato constituye el tipo emblemático de crimen atroz, evidentemente por tratarse de una acción que no reviste matices exculpatorios en virtud de la ventaja y el dolo ejercidos contra un tercero indefenso, resulta infundado aseverar que es el único crimen meritorio de la pena capital. El estupro, la tortura y la vejación de una víctima inocente, incluso al grado de infligirle mutilación, el secuestro como vivencia lesiva imborrable en el afectado, los daños patrimoniales a la nación causantes de desgracias comunitarias que dejan en la ruina a miles de familias, la extorsión con amenaza de muerte a quienes respetan la legalidad en sus asuntos de actividad productiva, ¿no podrían, acaso, considerarse actos imperdonables?

Estamos frente a conductas altamente lesivas, respecto de las cuales se requiere en un ejercicio de soberano consenso ciudadano tipificarlas como crímenes impurgables en una prisión. Asimismo, puede sostenerse que la pena capital no necesariamente debe regir para casos criminales donde la víctima inocente pierda la vida, sino también para casos en los que el sufrimiento y la indignidad padecidos por la acción delictiva sean desmedidos, aunque no sobrevenga la ultimación del victimado (como en el plagio con mutilación o la vejación sexual de menores, por ejemplo). Pero el sufrimiento individual y colectivo que estas acciones conllevan no conmueve en absoluto a los abolicionistas como Bedau, mucho más preocupados por la aflicción de los criminales. Acto seguido, el autor expresa: “execution is more than a punishment exacted in retribution for the taking of a life”<sup>49</sup>. ¿Qué significa que el poner legalmente término a la vida de un individuo rebase el concepto de retribución *stricto sensu*?

Su referencia es Camus y el argumento de que el asesino no actúa con la anticipación con la que lo hace el poder público; es decir, aquél no notifica a su víctima sobre la hora, fecha y condiciones en las que será ultimada. ¡Esto es empíricamente falso y en última instancia por completo irrelevante! Por lo tanto, para justificar retributivamente la ejecución de un reo, éste tendría que haber perpetrado su acción mortífera sobre un tercero advirtiéndole sobre los pormenores de la misma, como hace el estado en relación con el sentenciado<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> Ibid, p.13.

<sup>48</sup> Ibidem.

<sup>49</sup> Ibidem: “la ejecución es más que un castigo impuesto como retribución por la toma de una vida”.

<sup>50</sup> Ibidem.

Entonces, si hemos de seguir este despropósito, el asesinato reviste una especie de dignidad porque no se le advierte al asesinado de lo que le va a ocurrir. ¡Se le ahorra la angustia de saber de antemano que se va a morir por un acto arbitrario y artero! El discurso abolicionista aquí considerado llega a la aberración de inscribir este crimen en un aura de acción intempestiva, no planeada, originada al calor de circunstancias inciertas. Por ende, habría que concluir que no hay criminales que acechen a sus víctimas, que midan su indefensión, que anticipen fríamente el daño que infligirán, es decir, ¡que no hay crimen premeditado! Sin embargo, la casuística en contra de esta grosera postura es abrumadora, donde las numerosas confesiones de este tipo de perpetradores sanguinarios explicita con minuciosidad escalofriante su designio vejatorio y homicida.

Por otro lado, Bedau de manera sofisticada parece reprocharle al poder público que valore evidencias y juzgue antes de ejecutar a un imputado; ¡entonces no debe haber más juicios de garantías! ¡no debe otorgarse defensa legal al acusado ni respetarse sus derechos como persona durante el proceso! ¡Y es así que afirma que la pretendida equidad que la justicia retributiva pretende restituir no es factible por la apabullante ventaja que la autoridad ejerce sobre el imputado! ¿Ergo, habría que ejecutarlo sumariamente? La inconsistencia de su argumento es flagrante. Acto seguido, expone burdamente una impugnación de la justicia retributiva, a guisa de interpretación *ad pedem litterae* de la misma:

“If this principle is understood to require that punishments are unjust unless they are like the crime itself, then the principle is unacceptable. It would require us to rape rapists, torture torturers, and inflict other horrible and degrading punishments on offenders. It would require us to betray traitors and kill multiple murderers again and again, punishments impossible to inflict. Since we cannot reasonably aim to punish all crimes according to this principle, it is arbitrary to invoke it as a requirement of justice in the punishment of murderers”<sup>51</sup>.

La respuesta a esta falaz concepción ya ha sido elucidada y es muy específica, a saber: la pena capital no conlleva la comisión de atrocidades contra el perpetrador, no es un acto de ajuste de cuentas ni de talión, sino de supresión de derechos de manera equitativa y proporcional a la cancelación de los mismos en la víctima inocente como resultado del acto criminal. En este sentido, la ejecución legal debe ser un procedimiento profesional y técnico, mediante el método más certero que la ciencia permita. La pena capital no es un escarmiento, sino la restitución del balance conducente en la privación final de toda garantía

---

<sup>51</sup> Ibidem: “Si este principio se entiende para implicar que los castigos sean injustos a menos que sean como el crimen mismo, entonces el principio es inaceptable. Se exigiría que violáramos a los violadores, torturáramos a los torturadores, e infligiéramos otros castigos horribles y degradantes a los infractores. Se exigiría que traicionáramos a los traidores y matáramos a asesinos múltiples una y otra vez, castigos imposibles de infligir. Puesto que no podemos pretender razonablemente castigar todos los crímenes de acuerdo con este principio, es arbitrario invocarlo como exigencia de justicia en el castigo de los asesinos”.

con la muerte del perpetrador atroz, quien efectuó esta misma privación o causó daños irreversibles de manera razonada e implacable al afectado indefenso.

Por consiguiente, resulta incomprensible que Bedau sostenga que el concepto de retribución para los crímenes que se establezca que ameriten la pena capital, exigiría que el método de ejecución legal conllevara el mismo tipo de vejación infligido a la víctima. Aquí hay una contradicción. Ilustremos lo absurdo del planteamiento: si un criminal en su sevicia descuartiza a un tercero, sometiéndolo en virtud de dicho designio sanguinario a una agonía inconcebible, el poder público para dar cumplimiento a los principios éticos de equidad y de proporcionalidad del castigo respecto del acto atroz, una justicia imparcial y científica, ¿procedería a descuartizar al perpetrador? ¿Reproduciría en el reo cada lesión practicada por éste en el cuerpo de su víctima? ¡Por supuesto que no! Tal procedimiento mimético carecería de todo sentido humanitario y de discernimiento, aspectos fundamentales en la conducta ética.

El fin de la justicia retributiva debe ser el restablecer el equilibrio social menoscabado por la acción criminal implacable, no mediante la intimidación y la crueldad, sino por la ponderación de la equidad en el ámbito de garantías fundamentales de las personas. Es infantil invocar el talión en un sentido literal, cuando de lo que en esencia se trata es de terminar con la vida de quien lo amerite por el tipo de crimen cometido. ¡Pero esto no significa en absoluto recurrir a métodos de agónica tortura como una absurda homologación con el procedimiento homicida empleado por el infractor!

#### **2.4.8. Imperfecciones estructurales de los modelos procesales.**

Lo que en última instancia Bedau le reprocha al sistema penal estadounidense que analiza es que abdica de su objetivo esencial, el cual estriba en que lo que justifica la penalización de determinados comportamientos es la reducción de los delitos. Con esto simplemente repite una antigua tesis expresada en el siglo XIX por Francesco Carrara en estos términos:

“El mantenimiento del orden externo por el alejamiento de los hombres del delito, es el fin único de la ley penal mediante la amenaza de una inmediata punición, por lo que su utilidad consiste en la mayor disminución posible de los delitos en la sociedad civil”<sup>52</sup>.

Sobre esto hay que decir que la concepción de Carrara, que hace de la sanción una forma de intimidación, es una idea que también defiende el utilitarismo, al que abordaremos en el siguiente capítulo. Aquí la noción doctrinaria es que los individuos son incapaces de conducirse racional y prudentemente si no existe coacción para ello. El tipo de sociedad que bajo este postulado se configura es la

---

<sup>52</sup> Op.cit., p.41.

de individuos tratados como menores de edad, debido a que se asume que no pueden cumplir con una conducta ética por convicción. Esto lo que suele justificar es una autoridad arbitraria, proclive al exceso en el nombre del orden, y soslaya la importancia de la pertenencia a una colectividad mediante valores solidarios que constituyan la regla fundamental de su intersubjetividad. El lenguaje queda empobrecido desde tal perspectiva, pues nociones perfectamente operativas como la benevolencia, la compasión o el respeto a la dignidad del otro, dejarían de golpe de tener operatividad. Lo lamentable de esta concepción inhibitoria del delito es que convierte a los individuos en objetos permanentes de vigilancia o detención policial, pues nada habría en ellos de buena voluntad. Nuestra postura es que el delito debe castigarse porque entraña una conducta inaceptable, la cual no es resultado de alguna fatalidad o inclinación ineludible en el perpetrador. Empero, no es cierto que sea una regla que para conducirse honorablemente se requiera de la amenaza de un castigo en caso contrario. La racionalidad y la sensatez en nuestros actos son signos de una vida autónoma y no sujeta a coacciones. Negar esto es volver ininteligible un comportamiento humano, es decir, no criminológico o lesivo.

#### **2.4.9. Pragmatismo criminológico bajo la figura de la morigeración judicial.**

En el contexto estadounidense que examina Bedau, la alta incidencia delictiva evaluada judicialmente como meritoria de la pena capital propiciaría –según él– probabilidades de condena infundada. Ante la burocratización sistémica que esto supone, el autor opta por privilegiar una justicia pragmática, que haga omisión de dictados inexorables. La estadística del yerro judicial, el desaseo pericial, la malevolencia del poder público respecto del imputado, refrendaría la conveniencia de una postura morigerada de las instituciones incumbentes en relación con las sanciones para los distintos delitos.

Esto exhibe una vez más a Bedau como un sofista que no menciona en absoluto los casos inequívocos, alguien que menosprecia a la víctima inocente como persona quebrantada como consecuencia de los estragos letales o altamente vejatorios del crimen atroz. Bedau compone un modelo de administración de daños a favor del criminal, puesto que lo exime a priori de la pena capital sea cual sea el acto abominable, bajo la premisa de que en esencia se está lidiando con rufianes en el poder público. Por supuesto, esto es algo que no prueba jamás, pues sin duda enfrentaría cargos por difamación a los que difícilmente se arriesgaría. Lo que esto delata es la debilidad de argumentar sobre la pena capital sin una definición ética del problema, algo que recurrentemente lleva al autor a respuestas coyunturales en relación con el tema como ha podido verse. Es por ello que el plano de discusión de Bedau no alcanza a elevarse jamás a lo que constituye el aspecto toral de la cuestión, a saber: establecer con honestidad nuestra obligación de tributo a la dignidad ontológica de quienes en estado de

indefensión han sido vejados y vulnerados de manera irreversible por actos abominables de crueldad.

## 2.5. Importancia de la resocialización.

Es importante en el contexto de este Capítulo, considerar el planteamiento contemporáneo en materia del propósito de la compurgación de la pena en recintos carcelarios. Lo que se inferirá de esto es que la idea de internación en este tipo de centros es restituir al reo sus posibilidades de vida comunitaria, es decir, reintegrarlo a la vida cívica. Es evidente, entonces, como ya se mencionó en el Capítulo 1, que se busca que se observen ahí los dictados del Derecho Internacional Penitenciario, otorgando al recluso las garantías para reformar su visión social y recuperar la confianza de su colectividad. Por consiguiente, la compurgación no podría constituir un beneficio para criminales atroces, pues debería entenderse que aquél que es susceptible de enmendarse y fortalecer su convicción de intersubjetividad viable, no incurrió en actos sanguinarios e implacables. Pero lejos de que ésta sea la lógica obligada, quienes preconizan la rehabilitación, incluyen también al criminal atroz. Analizaremos esta inconsistencia en dos destacados juristas actuales, Claus Roxin y Heinrich Jescheck. Cabe decir que se harán referencias a Bedau en ciertos apartados, cuando los temas tratados por estos autores así lo exijan.

Desde la perspectiva de Roxin, debe fortalecerse ante todo la resocialización del reo y ello no “con sentencias indeterminadas o...tratamientos estatales coactivos”<sup>53</sup>, sino mediante la introducción de modernos métodos de terapéutica social”<sup>54</sup>. Por paradójico que parezca, lo fundamental resulta no castigar a quien cometió un delito espantoso, sino privilegiar la reinserción comunitaria de los infractores, sin que la gravedad del delito los excluya de tal prerrogativa.

Asimismo, el autor establece que “el Estado de Derecho y el estado social no forman en verdad contrastes irreconciliables, sino una unidad dialéctica. Un orden estatal sin una justicia social, no forma un Estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad...puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal”<sup>55</sup>. Lo que aquí se preconiza es, pues, un modelo jurídico-penal con pleno ejercicio de derechos, donde el cumplimiento de las expectativas de desarrollo individual se vinculen a estrategias de cohesión comunitaria.

Las garantías penitenciarias – como ya se examinó en el Capítulo 1- deben conformar un marco de referencia que permita al infractor desarrollar su conciencia moral y aptitudes que confieran cohesión a su interacción con los

<sup>53</sup> Roxin Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2006, p. 50.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibid*, p.49.

demás. Empero, un interno no tiene la categoría de ciudadano, pues lo que debe refrendar es su idoneidad para ejercer un modo honesto de vivir, está en deuda con la sociedad y ha de demostrar que puede retornar a ella satisfactoriamente. En este sentido, un interno no ha de ejercer derechos electorales ni inscribirse en obligaciones cívicas como la defensa de la soberanía, pero puede aspirar a realizarlas en el futuro. Empero, la compurgación es absurda para quien perpetró un acto ilegal de destructividad inaudita. Estas puntualizaciones son importantes pues esclarecen que tales prerrogativas deben incumbir a la personalidad jurídica de un delincuente reformable, es decir, alguien cuya lesividad no privó de la integridad ontológica a un tercero ni le causó vejaciones o quebranto irremisibles. Su falta es reparable. ¿Cuál sería entonces la razón moral para conferir tales derechos al criminal que canceló todo derecho a alguien indefenso e inocente, ya sea asesinándolo fríamente o socavando su dignidad de una manera cruel e implacable? He aquí el hueco en el argumento de estos autores.

### **2.5.1. Política criminal como estrategia preventiva.**

Si aplicamos la línea de pensamiento esbozada a la pena capital y ésta es concebida como la eliminación de criminales repudiables desde un *ius puniendi* formal – es decir, sin estrategia social sustentada – se tendría que concluir que dicho castigo no coadyuvaría a que se redujera la proclividad delictiva futura. En sociedades con las características descritas por Roxin, la política criminal tendría que orientarse hacia el evitamiento de los delitos mediante políticas sociales sistemáticas, no hacia su castigo implacable pero interminable. Esto conlleva ponderar la etiología de la personalidad infractora, es decir, elucidar los aspectos sociológicos que subyacen en la conformación específica de los tipos transgresores de la legalidad vigente, con objeto de buscar su reinserción comunitaria. Pero más aún: sostengo que esta propuesta significa la cancelación del código penal mismo, equivale (por lo menos en principio) a la eliminación pura y simple del castigo. ¿Es esto siquiera pensable? De nuevo, todo esto es plausible en la medida en que se hable de infractores reformables. La omisión conceptual de la interpelación ética que el crimen atroz plantea inevitablemente y que hace pertinente la pena capital, conduce a que el modelo preventivo del delito aquí pergeñado exhiba una contradicción insalvable, a saber: otorgar prerrogativas al que las segó cabalmente en otro mediante un acto sanguinario y despiadado. Pero como es normal en los abolicionistas, este tema no se aborda ni por asomo en su perspectiva con esta necesaria crudeza. La idea fija que en ellos prevalece es la victimización del criminal en todos los casos, caracterizándolo como un individuo a merced de fuerzas oscuras y arbitrarias del poder público, por lo demás siempre avieso y mal intencionado. Tal es el dogma con el que envuelven en un aura de sacralidad a la vida, excluyendo sin más la obligación de respetarla en otros para que sea respetada en nosotros.

### **2.5.2. Coincidencia de Bedau con Roxin en cuanto a la restricción del *ius puniendi*.**

La conclusión general de Roxin se sigue sola de sus planteamientos: debe haber un límite en la severidad del castigo, pues de esta manera se propicia un mejoramiento en nuestra sensibilidad respecto de nuestras nociones de justicia y de preservación de la persona. En este sentido, puede establecerse una coincidencia entre Roxin y Bedau cuando éste afirma que “criminals no doubt deserve to be punished, and punished with severity appropriate to their culpability and the harm they have caused to the innocent. But severity of punishment has its limits, imposed both by justice and our common human dignity”<sup>56</sup>. Es obvio que uno de los peligros que esta perspectiva acarrea consigo es hacer tentador el delinquir.

Como habrá de verse, ambos autores son tributarios del mismo error moral, consistente en no valorar adecuadamente la significación de destitución ontológica que conlleva el crimen atroz. Es por ello que encuentran natural la compurgación rehabilitadora para todo criminal, sin exclusión para ello por la gravedad del acto. Convierten la vida carcelaria en un ámbito casi recreativo, de tal suerte que delinquir casi se podría afirmar que recibe un premio de altas consideraciones durante el plazo de cumplimiento de la sentencia.

### **2.5.3. Importancia del entorno sociológico para una política criminal sólida y rehabilitadora.**

Como un complemento argumentativo importante respecto de las ponderaciones referentes a la regulación de las decisiones de política criminal expuestas por Roxin, resulta significativa la propuesta de Jean Pinatel respecto de que “poner el acento sobre la demografía y la urbanización es evocar el factor social común que unifica las manifestaciones de la criminalidad en el mundo de hoy”<sup>57</sup>. La aseveración incide directamente en el afán por mitigar los efectos de un ejercicio punitivo vinculado a la conducta atroz, la cual bajo ningún concepto se juzga imperdonable. Se nos dice que la etiología del delito permite que la teleología rehabilitadora penitenciaria vigente cumpla su función preventiva.

En la medida en la que la personalidad y el ámbito vivencial del infractor sirvan para elucidar las deficiencias de cohesión comunitaria, ello permitirá reorientar el sentido de la penalidad para fortalecer la civilidad en sus distintos aspectos, impidiéndose así futuras transgresiones a la legalidad. Esto suena

---

<sup>56</sup> Bedau, Hugo, Adam, op.cit., p. 13: “los criminales no hay duda de que merecen ser castigados, y castigados con la severidad apropiada a su culpabilidad y al daño que hayan causado al inocente. Pero la severidad del castigo tiene sus límites, impuestos tanto por la justicia como por nuestra dignidad humana común”.

<sup>57</sup> Pinatel, Jean, *La sociedad criminógena*, Madrid España, Aguilar, 1979, p. 75.

absurdo, ¡parece casi como si se le tuviera que dar las gracias al delincuente por habernos ilustrado por qué hay crímenes!

Aquí es pertinente afirmar de manera inequívoca que los antecedentes biográficos de un criminal atroz no pueden invocarse como una exculpación moral de los actos repugnantes que éste sea capaz de cometer en cabal ejercicio de su racionalidad. Si alguien fue vejado por sus padres, o padeció agravios de otros que le produjeron un resentimiento no superado o controlado, y bajo ese pretexto causó sufrimiento agónico y muerte a inocentes, su responsabilidad jurídica es inexcusable. En todo caso, la etiología de una conducta puede servir para entender aquello que pudo haber motivado un cierto sesgo criminógeno en un individuo, pero nada de esto justifica su comportamiento lesivo, ni que se le pretenda rehabilitar a ultranza. El sujeto supo lo que hizo, decidió sin miramientos vulnerar al que no le había causado agravio alguno y no mostró un ápice de benevolencia al respecto.

## **2.6. Síntesis de la impugnación de la pena capital: no infalibilidad judicial y no mejoramiento ético de la sociedad.**

Si nos fijamos bien, el argumento que unifica estas perspectivas de impugnación de la pena capital es en última instancia el de que es imposible acreditar un sistema de justicia con el rasgo de la infalibilidad permanente; por otra parte, está también la hipótesis de que la ejecución legal de ciertos criminales no constituye una política criminal sólida, pues no conlleva progreso ético en la sociedad donde se ejerce y su efectividad disuasiva es debatible. En el mejor de los casos consigue cierto nivel de aceptación pública cuando acaecen actos delictivos altamente repudiables. Al respecto afirma Bedau:

“Even if the superior deterrent efficacy of the death penalty seems doubtful where criminal homicide is involved, it still manages to claim adherents whenever a particular kind of crime strikes terror into large segments of society, or where a particular loathsome type of criminal violence rises to command the headlines”<sup>58</sup>.

Es evidente que si por sistema de justicia y política criminal humanitarias se quiere entender una visión del castigo donde se evada la interpelación moral que el crimen atroz nos impone, en tanto deber con la víctima inocente de cancelar todo goce de derechos post sentencia al perpetrador, pues entonces la Arcadia baladí de un catálogo de penas blandas y morigeradas es lo que se promoverá

---

<sup>58</sup> Bedau, Hugo, Adam, *The Death Penalty in America*, Oxford University Press, 1982, p.100: “Aún y cuando la superior eficacia disuasiva de la pena de muerte parezca dudosa donde el homicida criminal está involucrado, consigue hacerse de adeptos siempre que una clase particular de crimen suscita el terror en amplios segmentos de la sociedad, o donde un tipo concreto de repugnante violencia criminal surge a ocho columnas”.

bajo una impronta abolicionista. Aquí el abolicionismo legalista de los autores considerados vuelve a mostrarnos su patética proclividad dogmática a exculpar al criminal como alguien que sin excepción requiere someterse a terapias integradoras, sin ninguna consideración a la víctima ni al dolor de sus allegados, ni al daño social causado por la violencia brutal exhibida.

### **2.7. La pena capital como catarsis sin certeza de irrepetibilidad del acto atroz.**

La pena capital – de acuerdo con este tipo de reflexión – podría en última instancia justificarse colectivamente como una necesidad catártica, como una purga del miedo (en términos aristotélicos) que agobia a una sociedad sabiendo que un perpetrador atroz y repulsivo no ha sido detenido o que conserve la tutela de su existencia. La publicitación de tales hechos monstruosos – cuando las víctimas padecen agonías cruentas o tratándose de atentados indiscriminados y letales contra civiles indefensos – suscita una indignación mayúscula y una negación instintiva del mero castigo carcelario, pues en casos así lo que la sociedad exige es la vida del responsable. Sin embargo, la ejecución del individuo despiadado como una satisfacción al deseo retributivo generalizado, se nos dice, no significa que actos criminales semejantes no vuelvan a acaecer.

Digamos a esto que lo estrictamente importante desde una argumentación ética a favor de la pena capital, estriba desde nuestra perspectiva en no permitir el ejercicio de derechos post sentencia – de índole rehabilitadora - al perpetrador. Es por ello que la ejecución es pertinente. La pena capital no se propone impedir que vuelva a acaecer el acto atroz, sino que ahí donde éste sobrevenga, atender la interpelación moral que la víctima inocente e indefensa suscita en nosotros. Independientemente del nivel ético que una colectividad alcance, siempre cabrá la posibilidad de que alguien cometa actos abominables y sanguinarios, porque la psique humana no está condicionada indefectiblemente a orientar sus designios de tal o cual manera. Si esto fuese de otra manera, no tendría sentido hablar de responsabilidad penal, pues asumiríamos que fatalmente los individuos obrarían de determinada forma. Pero nuestro comportamiento social no se entiende así y en los usos de lenguaje resulta inteligible decir que alguien “pudo haberse abstenido de hacer tal o cual cosa”, o que alguien “se condujo con ventaja y premeditación”, etc. Y en cuanto a que la pena capital tenga efectos catárticos, aquí hemos defendido que la publicidad de la pena debe entenderse como un derecho cívico de constatación de cumplimiento de la justicia, que evidentemente podrá desatar distintas emociones en quienes presencien una ejecución.

### **2.8. La pena capital no guarda relación con la reducción de los actos de venganza.**

Bedau arguye que si lo que se busca evitar con la imposición de la pena capital es la conducta ilegal de los ciudadanos, entonces simplemente no hay una certeza respecto de que lo que el “law-abiding citizen construes as justified revenge”<sup>59</sup>, no se traduzca invariablemente o con preocupante incidencia en actos personales de ajusticiamiento en casos de delitos graves. Al no hallarse arraigada socialmente esta respuesta extrajurídica a un sistema de justicia sin severidad suficiente, el castigo extremo no resulta necesario. Y a esto añade la aseveración de que “surely, there is no evidence that private vengeance of crimes is more common in jurisdictions where the death penalty has been abolished”<sup>60</sup>. El razonamiento de Bedau es a todas luces cínico, pues no busca invalidar la pena capital bajo un argumento ético, sino a partir de lo empírico de una medición estadística. Cuando se observa –según su lógica– que los particulares no buscan hacer justicia por propia mano ahí donde este castigo irreversible no opera, es entonces inferible que su aplicación es ociosa. ¡Un ejemplo más del desprecio que Bedau tiene por las víctimas del crimen abominable! La pregunta fundamental sigue siendo: ahí donde es inobjetable la responsabilidad del perpetrador sanguinario, ¿es ético ejecutarlo o no? Pero esta pregunta, como sobradamente se ha visto, está por completo fuera de la retórica abolicionista, a la que tan grotescamente representa Bedau.

## 2.9. La prevención de la conducta delictiva desde la posición humanitarista de Jescheck.

En la línea expositiva y abolicionista de Roxin, que aduce explícitamente que la política criminal debe concebirse como una estrategia preventiva general de los delitos, pues el problema central de todo sistema penal estriba en reducir los índices de conducta antijurídica tipificada en un determinado modelo social, resulta pertinente la alusión al jurista alemán Jescheck. Este autor preconiza una idea de “prevención delictiva” (*Verbrechensverhütung*)<sup>61</sup>, que coincide con el concepto de indulgencia judicial enarbolado por Voltaire, lo mismo que con el rechazo de la justicia retributiva expuesto por Bedau. El siguiente párrafo es a este respecto significativo:

“...das Prinzip der Humanität ist als Grundlage der Kriminalpolitik seit langem anerkannt. Es hat jedoch heute in den neueren Erkenntnissen der Kriminalsoziologie und in den Aussagen des Grundgesetzes eine tiefere Begründung erhalten. Auf der einen Seite ist das Bewusstsein von der Mitverantwortung der Gesellschaft für das Verbrechen gerade durch die Kritik der Radikalen an der Existenz und Funktionsweise des Strafrechts gewachsen, ist der Blick für die Erschwerung der Socialization in defizitären Familien der Unterschicht und in den sozialen Minderheiten

<sup>59</sup> Ibidem: “el ciudadano obediente de la ley concibe como venganza justificada”.

<sup>60</sup> Ibidem: “de cierto no hay evidencia de que la venganza privada de los crímenes sea más común en jurisdicciones donde la pena de muerte ha sido abolida”.

<sup>61</sup> Jescheck, Heinrich, *Strafrecht im Dienst der Gemeinschaft*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1980, “Strafrechtsreform in Deutschland”, p. 110.

geschärft worden und hat man durch die moderne Dunkelfeldforschung auch eine Vorstellung von der ubiquitären Verteilung der Kriminalität und der Selektivität der sozialen Kontrollprozesse gewonnen”<sup>62</sup>.

No es el propósito del presente texto objetar el que la finalidad del derecho penal sea la humanización de las sanciones, esto es de suyo loable si el contexto es el de una sociedad ética y por ende infundida de virtud cívica; y en última instancia es acorde con el espíritu penitenciario contemporáneo, que promueve la restitución eventual y satisfactoria del interno a ámbitos colectivos de legalidad. Sin embargo, sostenemos que esta perspectiva de las sanciones resulta inconsistente cuando no se tiene considerado el crimen atroz como una conducta no rehabilitable, pues deja sin resolver la aberración moral de otorgar merecimientos de prerrogativas post sentencia al culpable de acciones injustificables de lesividad irreversible, que es precisamente nuestra tesis.

### **2.9.1. Responsabilidad de la sociedad en el delito.**

Lo que Jescheck refiere como principio humanitario en el sistema penal que se sustente reviste un cierto carácter sociológico. Si la sociedad es responsable de la criminalidad que en su seno se genera, si la integración de los estratos marginales o de ciertas minorías no se consuma en términos jurídicos de equidad real y en términos de desarrollo educativo y económico plausibles, entonces se corre el riesgo de estigmatizar al delincuente y castigar la pobreza. Más específicamente expresado, la severidad del *ius puniendi* pudiese tener como correlato el exonerar *a priori* a los sectores acaudalados de las conductas criminógenas que la avaricia y el lucro de sus propios métodos de vida propiciase en otros ámbitos del mosaico poblacional.

Por supuesto, la pena capital no admitiría formularse desde algún tipo de política criminal que discriminase a determinados sectores sociales marginados, pues la imparcialidad procesal y judicial se fracturaría *eo ipso*. Estamos de acuerdo en que la aplicación de la pena capital no podría depender de la exoneración de criminales por razones de jerarquías económicas. La sola enunciación de tal idea exhibe un antagonismo irreconciliable con el ejercicio temperado y honesto de la justicia en términos de equidad. Dicho lo anterior, no

---

<sup>62</sup> Ibidem. “ El principio de humanidad ha sido reconocido desde hace tiempo como sustento de la política criminal. Sin embargo, ha adquirido en las nuevas aportaciones de la sociología criminal y en los enunciados de la ley constitucional una fundamentación más profunda. Por un lado ha crecido la conciencia de la corresponsabilidad de la sociedad en el crimen, lo mismo que la crítica de los radicales respecto de la existencia y el tipo de función del derecho penal. La noción del obstáculo a la socialización en familias deficitarias de estratos bajos y minorías se ha agudizado – merced a la investigación de campo obscuro -, y ha prevalecido la idea de la dispersión ubicua de la criminalidad y de la selectividad de los procesos para su control” .

se entiende el que se diga que la severidad de un castigo tendría que evitarse, pues es precisamente tal castigo el que restituye la justicia como equilibrio en la supresión de derechos, cuando se ha cometido un hecho implacable y doloso contra un inocente.

## 2.9.2. Liberalización y humanización del derecho penal.

Estamos – como con Bedau y Roxin – frente a un planteamiento donde la benevolencia judicial requiere ir de la mano de procedimientos preventivos de las posibles infracciones a la legalidad y en donde la pobreza y la marginación devienen aspectos de atención insoslayable. Por ello, una estrategia de esta índole no es posible sin valores solidarios y cohesión comunitaria efectiva. Esto se inscribe en lo que Jescheck consigna como el fenómeno “einer grossen internationalen Bewegung zur Liberalisierung und Humanisierung der Strafrechts”<sup>63</sup>.

Acorde con este espíritu penal reformista, el autor hace residir su concepto de moderación humanitaria frente al sujeto transgresor en una indagación de los campos penumbrosos de la sociedad, donde no se puede exigir un castigo inexorable a las conductas delictivas típicas cuando el modelo social presenta disparidades infranqueables en el goce de derechos. Es por ello que cuando la criminalidad permea de una u otra forma a toda la estructura colectiva, el *ius puniendi* puede tender a ejercerse en forma discrecional, lo que significa que las sentencias no plasmen necesariamente el resultado de un celo irreprochable por la verdad jurídica. Por consiguiente, “die kriminalpolitische Grundkonzeption des neuen Strafrechts”<sup>64</sup>, estriba “in der Verbindung des Strafzwecks des Schuldausgleichs mit dem Ziel der spezialpräventiven Einwirkung auf den Täter mittels der Strafe”<sup>65</sup>. Es decir, por un lado la teleología punitiva se establece como imposición compensatoria de una acción antijurídica culpable y, por el otro, cumple un efecto de impedimento de futuras comisiones delictivas.

Vuelve a destacarse una vez más una de las tesis más socorridas del abolicionismo, a saber: la imperfección institucional para no castigar con el rigor conducente ciertos crímenes aberrantes. Sin embargo, como ya se ha argumentado, hoy todas las condiciones están dadas para que los sistemas de justicia funcionen adecuadamente, algo que el abolicionismo no exige, enclaustrándose a cambio en una discusión interminable sobre las inoperancias procedimentales para justificar la suavidad de las penas. Las deficiencias de un modelo judicial exigen una elucidación de carácter técnico, no social, para a partir de ello efectuar las modificaciones procedentes.

<sup>63</sup> Ibid, p. 103: “...un gran movimiento internacional para la liberalización y la humanización del derecho penal...”

<sup>64</sup> Ibid, p. 111: “la concepción fundamental político-criminal del nuevo derecho penal”.

<sup>65</sup> Ibidem: “en el vínculo del objetivo punitivo como compensación de la culpa, con el fin del efecto preventivo especial en el perpetrador mediante la pena”.

### 2.9.3. El *ius puniendi* como medida subordinada a una perspectiva axiológica descriminalizadora.

Para Jescheck el *ius puniendi* debe concebirse como el último recurso (letztes Mittel<sup>66</sup>) para mantener un orden de legalidad y no debe operar como “Instrument der Herrschaft und auch nicht der alltäglichen Verwaltung”<sup>67</sup>. La axiología social debe propender a la “descriminalización” (Entkriminalisierung<sup>68</sup>), esto es, a no constituir instancias de castigo que perpetúen las dificultades de integración en el modelo social prevaleciente.

El delito compurgable debe ser la excepción en el comportamiento comunitario y los procesos inclusivos en ámbitos viables de ejercicio de derechos y de salvaguarda de formas de interacción no marginada deberían marcar la prioridad de la política criminal. Todo esto no es a fin de cuentas sino *wishful thinking*. Independientemente del avance ético-social que una comunidad alcance, ¿significa esto que hay que descriminalizar las conductas atroces? ¿Es pensable que no ocurrirán nunca más? Esto es sencillamente ilusorio. La penalización adecuada del comportamiento aberrante debe estar prevista siempre, así fuera su incidencia excepcional en una sociedad. Jescheck, por supuesto, omite el planteamiento, pues como todo abolicionista evade los casos de aniquilamiento implacable de la víctima. Antes bien, es al criminal al que se trata como víctima por razones sociales o psicológicas y se le inserta en una rehabilitación tutelada. ¡Este es el gran logro en materia de derecho penal que hoy presumen este tipo de juristas! Veamos los despropósitos que de esto se derivan.

### 2.9.4. Pena pecuniaria como evidencia de evolución social.

Si esta visión abolicionista se consolidase – tal y como la exponen los autores referidos –, entonces automáticamente la pena pecuniaria adquiriría importancia particular, en virtud de que el tipo de delito que prevalecería no revestiría una lesividad que exigiese castigo carcelario. No olvidemos que desde esta perspectiva de lo que se trata es de recuperar al infractor como sujeto jurídicamente apto y respetuoso de los derechos de terceros, no de escindirlo de la colectividad a la que pertenece, menoscabándolo. ¡Una vez más, qué haya pasado con su víctima es algo que parece quedar relegado a un segundo plano. Como si el lema fuera: preservemos al que vive, sea lo que sea! Es lo que Jescheck denomina “die Umwandlung von Straftaten in Ordnungswidrigkeiten, die nicht mit krimineller Strafe, sondern mit Geldbussen disziplinären Charakters geahndet werden”<sup>69</sup>. ¿Cuánto dinero habría que darle a los supérstites de un

<sup>66</sup> Ibid, p. 133.

<sup>67</sup> Ibidem: “...como instrumento de dominio, ni tampoco como administración rutinaria...”

<sup>68</sup> Ibidem.

<sup>69</sup> Ibidem: “...la conversión de los actos punibles a contravenciones del orden, que no se castiguen con sanción criminal, sino con penalidad pecuniaria de carácter disciplinario.”

individuo asesinado a sangre fría, o a los familiares de un menor violado o a alguien que sobreviva al haber sido privado de la libertad y mutilado? ¿Sería aceptable esta clase de trueque o tabla de equivalencias en relación con personas? Esto sería tanto como preconizar que la existencia humana tiene un precio económico. Entonces el que tuviese solvencia crematística, podría decidir matar, por ejemplo, al número de personas que pudiese amortizar con su capacidad de pago. ¿Significaría esto que se le concedería la exculpación de cualquier cargo, o que gozaría de derechos penitenciarios con miras a una rehabilitación eventual?

Resulta evidente que el sistema de la descriminalización de las conductas sólo se sostiene en una casuística de infracciones que no conlleven tales agravios a la vida y a la dignidad humanas, pues de lo contrario se convierte a la justicia en un mercado de oferta monetaria para redimir los actos atroces. Esto moralmente es inaceptable, pues los derechos no están sujetos a criterios de compra-venta, sino que dimanen de la dignidad ontológica de los individuos. ¿O hemos de pensar en contrario?

### **2.9.5. Criminalidad grave y reclusión penitenciaria como estrategia preventiva general.**

En cuanto a la criminalidad grave (*schwere Kriminalität*<sup>70</sup>) – y aquí la referencia es a los delitos violentos (*Gewaltverbrechen*<sup>71</sup>) – en los que el uso de armas de fuego y la amenaza a la integridad de las personas son los signos distintivos de dichas conductas antijurídicas<sup>72</sup>, el autor plantea:

“Der Grund dafür liegt vor allem in der Notwendigkeit der *Generalprävention*. Die Erhaltung des Rechtsfriedens und des Vertrauens der Bevölkerung in die öffentliche Sicherheit ist die Voraussetzung für die Erhaltung aller menschlichen Kultur. In manchen Grosstädten, in denen diese Voraussetzung heute schon nicht mehr erfüllt ist, zeigen sich deutlich die schweren Schäden, die der Allgemeinheit dadurch zugefügt worden: sie liegen in der Verarmung des sozialen Lebens, im wachsenden gegenseitigen Misstrauen und in der Rückwehr zu Selbsthilfe und Selbstjustiz”<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> Ibid, p. 137.

<sup>71</sup> Ibidem

<sup>72</sup> Ibidem.

<sup>73</sup> Ibidem: “El fundamento para ello reside sobre todo en la necesidad de la prevención general. El mantenimiento de la paz jurídica y de la confianza de la población en la seguridad pública es la condición para el mantenimiento de la cultura humana. En muchas grandes ciudades, en las que esta condición hoy no se cumple más, se muestran claramente los graves daños que ello inflige a la comunidad: estos estriban en el empobrecimiento de la vida social, una desconfianza creciente y generalizada, y un retroceso a la autoayuda y la justicia por propia mano”.

El argumento es claramente una extensión de su concepción de la corresponsabilidad comunitaria en los delitos. ¿Qué significa esto exactamente, acaso debería haber sentencias para la sociedad considerada *in toto*? ¿O sea que de uno u otro modo, todos somos culpables por los crímenes cometidos! Siguiendo este razonamiento, si los hábitos sociales no conllevan un cumplimiento de reglas de civilidad y si no existe confianza en una idea de seguridad omniabarcadora, es decir, que infunda certidumbre a las distintas expectativas de bienestar compartido, el derecho penal será el reflejo de este fracaso colectivo y su función estrictamente reactiva a la proclividad transgresora de una sociedad sin ética.

La ausencia de convicción respecto de una legalidad que garantice a los individuos la superación no violenta de sus diferencias conduce a zanjar de manera personal y extrajurídica los agravios, lo cual es un indicador inequívoco y deplorable de un debilitamiento de las fortalezas axiológicas de la sociedad. Es absurdo querer responsabilizar a alguien por los crímenes que otros efectúen. El acto atroz doloso contra un tercero inocente constituye la responsabilidad exclusiva del que lo comete, y no podría haber culpabilidad compartida con la sociedad como totalidad. Si esto fuese así, se tendría que exculpar todo crimen al diluirse la imputabilidad personal del acto en una reiterada referencia a la corresponsabilidad de los demás.

Una cosa es la importancia de que prevalezca una conciencia social orientada hacia la equidad y el desarrollo omniabarcador de los distintos ámbitos comunitarios, y algo muy distinto es la voluntad individual de lesionar grave o letalmente a otros. Lo segundo es precisamente lo que no puede plantearse en términos de transitividad de la responsabilidad, pues esto contravendría usos lingüísticos perfectamente inteligibles como “fue él quien decidió ejecutar a la víctima en forma implacable”, “éste vejó a la persona sañosamente”, etc., donde se denota una intencionalidad personal de aprovecharse de la indefensión de un tercero. Esta lógica abolicionista no parece entender que la evolución social en términos de derechos fundamentales, no descarta la exigencia irrenunciable de castigo contundente que el crimen atroz conlleva.

#### **2.9.6. Corrección conductual colectiva y compurgación prolongada.**

La falacia recurrente de Jescheck estriba en aseverar que son las insuficiencias de conducta honorable y solidaria lo que habría que prevenir y corregir, de manera que el efecto de la impecabilidad en las relaciones interpersonales suprimiese la comisión delictiva en términos de praxis social general ¿No es esto como pedir, por decirlo de alguna manera, que la vida en esta tierra sea como la vida en el paraíso?

El propio peso de los hechos termina por hacer que Jescheck caiga en contradicciones insuperables en su planteamiento. El que no pueda negarse que haya violaciones a la legalidad que simplemente no admiten un tratamiento

expedito de sanción pecuniaria (que es el concepto que el privilegia), y que, por ende, exigen una reclusión prolongada, fractura todo su esquema. La simple idea de internación penitenciaria para los casos de crimen atroz es una aberración moral como se ha suficientemente expuesto. Éste es el punto débil de su tesis de que al haber una comunidad sólidamente estructurada y con una erradicación generalizada del crimen violento, no habría prácticamente riesgos de seguridad y ello conduciría a elevar cada vez más el índice de penas de libertad – es decir, mediante arreglo pecuniario -, que plantea así:

“Selbst wenn kein Sicherungsrisiko besteht, muss der Staat auf schwere Kriminalität mit hohen Freiheitsstrafen antworten, um dadurch zu zeigen, das er die Bedürfnisse der Bevölkerung versteht und die Rechtsordnung zu schützen bereit und in der Lage ist”<sup>74</sup>.

¿Y cuando a pesar de todo esto se vuelve a dar el crimen atroz? Esta pregunta no tiene cabida en Jescheck, porque la noción de atrocidad ni siquiera aparece en su lenguaje ni en el del abolicionismo en boga que el representa. Queda claro de todo lo expuesto por este autor, que simplemente y sin debate moral de fondo se erige en un tema tabú la ejecución legal –como en la lógica de la Comunidad Europea- y se acepta con total desvergüenza la rehabilitación indiscriminada de todo infractor. Y como gran mampara para cubrir esta tendenciosa postura, se invoca el derecho internacional penitenciario y se aduce que es inadmisibles causarle castigos extraordinarios a interno alguno, ya que tal inflicción conllevaría un menoscabo de la imparcialidad del poder público.

### **2.9.7. Etiología del delito y humanización penitenciaria.**

Es en este trasfondo contradictorio e inmoral donde se sitúa la postura de Jescheck se evidencia aquí que asumida con rigor su tesis de que el espectro criminal y su incidencia exigen un análisis etiológico de índole social, y que en este sentido una interacción colectiva deficiente con desintegración rampante define la tipología antijurídica, deja abierta la posibilidad –porque su exposición no permite concluir otra cosa– para la eventual reinserción cívica incluso de los internos más lesivos. Porque no permite concluir otra cosa su énfasis en sentencias blandas bajo programas penitenciarios humanitarios. El grave problema aquí estriba en la deshonestidad intelectual de querer imponer políticas abolicionistas en boga, sin abordar con seriedad el tema de las conductas imperdonables, que siempre podrán presentarse al margen de la evolución

---

<sup>74</sup> Ibidem: “Aún y cuando no constituya ningún riesgo a la seguridad, el estado debe responder a la criminalidad grave con altas penas carcelarias, para mostrar con ello que entiende las necesidades de la población y que está listo y en sitio para defender el orden legal”.

axiológica y humanista de una determinada comunidad o sociedad. Casi se puede uno llevar la impresión de que todo este planteamiento no es serio.

### **2.9.8. Exclusión de la pena capital y socialización de todo interno por normatividad internacional.**

Como cabe esperar por lo ya referido, en este contexto de pensamiento jurídico, la pena capital ni siquiera merece una mención y se entiende tácitamente que simboliza un anatema bajo la lógica de este singular humanismo que privilegia la recuperación comunitaria de todo perpetrador por encima de los derechos de la víctima inocente. Este es el aspecto esencial de esta perversión moral que hoy campea entre los defensores de derechos humanos, y cuya ceguera respecto de la unilateralidad de su apología abolicionista los lleva a enaltecer sin más la sacralidad de la vida, incluso de los criminales más crueles y sanguinarios. Para éstos se exige por parte de sus peregrinos adalides la protección cabal del poder público durante el tiempo de su reclusión – invocándose como ya se dijo la legislación internacional<sup>75</sup> –, ¿y a la víctima inocente quién la representa? ¿Quién debe cumplir el deber de restituir una equidad fracturada por el acto transgresor y vejatorio de la dignidad de un tercero vulnerado injustamente? Es el poder público el que debe representar a la víctima inocente y el que con imparcialidad y temperancia debe restituir dicha equidad fracturada.

En este sentido – como ya se ha expuesto - la socialización de los internos debe ser la prerrogativa de aquéllos infractores que no causaron un menoscabo irreparable a la dignidad ontológica de sus semejantes, pero no de quienes sí lo infligieron con plena conciencia e inexorabilidad. Con esto consideramos que se da cuenta cabal de este planteamiento especioso de una rehabilitación a ultranza independientemente de la gravedad del delito cometido.

### **2.10. Crítica final a los argumentos expuestos en contra de la pena capital.**

Es pertinente ahora pergeñar como sistematización última a lo ponderado en este capítulo, la crítica a los argumentos abolicionistas aquí considerados en contra de la pena capital. Esto supondrá interrelacionar a los autores ya citados cuando la exposición así lo justifique. Lo que resulta más deplorable es que la política antagónica a este castigo supremo que hoy constituye la divisa de la Organización de las Naciones Unidas, la Unión Europea y diversas organizaciones no gubernamentales de renombre, es que en ninguno de sus pronunciamientos hay siquiera el ejercicio de análisis específico del tema desde

---

<sup>75</sup> Véase Capítulo 1, 1.1. **Derecho penitenciario contemporáneo.**

la interpelación ética que el crimen atroz conlleva. No hay asomo alguno de reflexión en este sentido entre las instancias referidas que propugnan la supresión de la pena capital, simplemente el recurso sucedáneo a un desvirtuamiento del tipo criminal como alguien que de manera indefectible es injustamente tratado por el poder público como ya mencionamos.

Es por ello, como habremos de puntualizar en estas observaciones finales, que lo que en última instancia conforma la médula de la posición abolicionista contemporánea es la obcecación por reducir el asunto a deficiencias judiciales, como si hubiera un aire fatídico en la atmósfera cuando aluden al punto. O bien, insisten en la irreversibilidad de la punición y en la imposibilidad de corrección de una imputación falsa, como si no existiera en el derecho internacional el juicio de garantías con todas las prerrogativas que ello supone para un inculpado. Esta retórica es precisamente la que atajaremos en lo que resta del capítulo, haciendo énfasis en que un concepto ético fundamental como el respeto a la dignidad ontológica de toda persona, no puede postularse con el rigor que amerita si no se establece el deber de no vulneración de inocentes. Es inaudito que la racionalidad de este planteamiento no figure entre los que sacralizan bajo una política abolicionista el derecho a la vida, lo que propicia la irracionalidad de salvaguardarla en los asesinos y vejadores más bestiales. Pasemos a la crítica en comento.

### **2.10.1. La presunta falibilidad judicial como justificación de la impunidad y la no proporcionalidad del castigo.**

Lo que se pudo advertir en las argumentaciones de Voltaire y Bedau, como un aspecto común en relación con sus rechazos de la pena capital o de la severidad de un castigo de consecuencias irreversibles, es que parten de la “constatación” de que no es posible garantizar infalibilidad judicial, esto es, de que siempre habrá clarosucos, dudas, equivocaciones, errores, exageraciones, etc., en la imputación de un delito grave. El problema con esta posición es que, so pretexto de incompetencias de quienes valoran las pruebas y dictan sentencias, deja sin resolver el problema de la impunidad. En otras palabras, los partidarios de este punto de vista tranquilamente aceptan que quede sin castigo proporcional incluso el más sanguinario de los crímenes, o que incluso se tutele carcelariamente la vida del criminal atroz para no sentar un precedente de ejecución legal que en el futuro pudiese propiciar la muerte de un inocente a manos de un poder público abusivo. Esto equivale a aseverar que jamás habrá inequívocidad respecto de un crimen, lo que es absurdo, pues como también se esclareció son muchos los testimonios de confesión articulada y pormenorizada de perpetradores que se jactan de lo hecho por ellos a sus víctimas, por ejemplo. Esto simplemente vuelve inaceptable el punto de vista abolicionista.

El dogma de la presunta falibilidad judicial, menosprecia de manera baladí un juicio de garantías – figura reconocida por el derecho internacional - donde

la evaluación procesal por cuerpos colegiados, el derecho de apelación y de defensa jurídica profesional son fundamentales. Imaginemos que se aceptara este dogma abolicionista. ¿Qué jueces sensatos podrían impartir justicia en estas condiciones? ¿Qué jurista avalaría una legislación así? ¿Es acorde esto al sentido común? Esta es la lógica de la resignación a la inimputabilidad a priori, pues es como aseverar que no hay forma de identificar plenamente a los responsables de los crímenes, lo que se refuta por los numerosos casos en los que las pruebas han sido contundentes. Si se tomase esto en serio equivaldría a decir que la praxis lingüística es un espejismo, que no se entienden nociones como “responsabilidad penal”, “evidencia”, “prueba judicial”, “confesión voluntaria”, “causalidad criminal”, etc.

El que se reconozca un poder público abusivo, significa que hay que corregirlo, que hay que establecer las condiciones para que la justicia opere de acuerdo a criterios de confiabilidad y contundencia, ¡pero no descartar de golpe la operatividad de la justicia misma! ¡Y ahí donde no haya pruebas incontestables, pues evidentemente no condenar al imputado! Depende de una sociedad crear tribunales idóneos para procesos de crimen atroz. Es grotesco enquistarse en el tema cuando es claro lo que debe significar un juicio de garantías, y obviamente no se va a sentenciar condenatoriamente en un contexto profesional y ético al que no se le han acreditado pruebas fehacientes. Por lo demás, el escepticismo a ultranza es una falacia epistemológica, pues no hay instituciones que funcionen mal sistemáticamente. Es insostenible afirmar que el inculpado es *a priori* víctima de tribunales fanáticos o de antemano sesgados. Esto es un anacronismo, pues hoy la asistencia de representantes de derechos humanos en un sinnúmero de procesos, lo mismo que la revisión de fallos en distintas instancias, así como la publicidad de los procedimientos, constituyen elementos de defensa plena del imputado impensables en los contextos dolosamente invocados por las dogmáticas posturas abolicionistas. Esta descalificación de los procesos judiciales sencillamente se desentiende de las garantías que hoy se otorgan al procesado en muchos contextos que los estados democráticos laicos prevén.

### **2.10.2. La índole ética de la pena capital no se ve menoscabada por las deficiencias judiciales y exige una sociedad virtuosa.**

De lo anterior se esclarece que la pena capital como justicia retributiva no se ve menguada en su rigor ético por el hecho de que un sistema judicial específico no tenga claridad científica ni probidad en algunos de sus funcionarios. Decir que no es posible generar una praxis judicial viable es volverse cómplice de lo que se postula como fatalidad sistémica. Es aceptar como dogma que el error sobrevendrá eventualmente y recaerá sobre el individuo ajeno al delito en cuestión, cuando es evidente que las garantías procesales son más que suficientes para no incurrir en tales distorsiones.

El argumento abolicionista del error judicial es, por lo tanto, una falacia. El abolicionismo estaría proponiendo con este tipo de postura, un *regressus in infinitum* en el conocimiento judicial de los hechos, lo que conllevaría la suspensión del juicio y la cancelación del lenguaje como medio de comunicación de la verdad. Una vez más, todo esto se antoja fantástico y arroja una cortina de humo sobre la obligación irrenunciable de todo sistema judicial, que es la de no aceptar la impunidad.

Desde otro ángulo, la insostenible postura hasta aquí descrita se deriva de no entender que para que podamos decir algo tenemos que poder identificar y re-identificar a nuestros objetos de discurso. Como bien elucida John Searle, “there must exist the object...and the utterance must be sufficient to identify it”<sup>76</sup>. El espejismo de pensadores como Voltaire y de Bedau se funda en un planteamiento falso de las funciones lingüísticas que operan constantemente entre interlocutores competentes. Saber hablar es dominar reglas de construcción para expresar enunciados de una u otra manera constatables, pues sin la verificación de lo expresado nada sería inteligible, pues de hecho ningún fenómeno habría quedado registrado. La prueba judicial – en este contexto - debe obedecer a la incontestabilidad de la metodología criminalística, que en la actualidad incorpora incluso los avances de la ciencia genética, lo mismo que a la lógica indagatoria de concatenación de los hechos hasta su esclarecimiento satisfactorio. Nociones como “coartada” o “inconsistencias declaratorias”, por ejemplo, resultan fundamentales en el proceso elucidatorio de la responsabilidad penal. En síntesis, el *ius puniendi* no se entiende sin el correlato de criterios probatorios que los interlocutores lingüísticamente competentes entiendan y acepten en un ámbito de imparcialidad heurística. Esto es algo que Voltaire y Bedau no toman en cuenta en absoluto, estableciendo como dogma a priori que los procedimientos judiciales conducen fatalmente a resoluciones sesgadas en detrimento del imputado. En este sentido, si se asevera solemnemente que no es posible garantizar certeza en la indagación de un crimen atroz – que es el que prioritariamente nos incumbe – por razones que van desde los prejuicios hasta la ineptitud total: ¿cómo es que se sabe que se trata de prejuicios o de ineptitud? ¿Contra qué se contrastan o miden tales insuficiencias? Porque lo menos que se podría exigir aquí es que se nos esclareciera también – como acabamos de mencionar - qué es describir una situación en la que no apareciera ningún prejuicio y que se fuera totalmente apto. Pero el punto importante aquí es simplemente que se está rechazando lo que es la situación normal de emisión de juicios desde una plataforma idealizada en la que nunca nadie se encuentra. ¿Qué valor puede tener una crítica así? Si tuviéramos que satisfacer todas las condiciones que impone una situación imaginaria e idealizada, entonces simplemente no habría tal cosa como conocimiento humano.

Por otra parte, vale la pena notar que es justamente a base de ensayo y error como se perfeccionan las instituciones y es precisamente en el proceso

---

<sup>76</sup> Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969, p. 82: “debe existir el objeto...y la emisión de voz debe ser suficiente para identificarlo”.

compartido de esclarecimiento de la verdad que se pueden impugnar las prácticas cognitivas deficientes. ¿Quiere esto decir que se experimentará con las personas a riesgo de equivocarse ominosamente en el dictamen final? En absoluto. Lo que esto quiere decir es que la prueba judicial debe perfeccionarse hasta que resulte indubitable, y de no ser este el caso, pues evidentemente no pronunciar una sentencia condenatoria, como ya se dijo.

La condición de viabilidad del poder público no estriba en que no haya instituciones hasta que éstas sean lógicamente perfectas, idealmente impecables. Eso es una falacia, puesto que se fija como requisito una condición inalcanzable. Regreso entonces a mi crítica: lo que está involucrado aquí es un manejo distorsionado de categorías que no requieren para su aplicación de situaciones artificiales irreales. Si no procediéramos como de hecho lo hacemos, es decir, si de hecho no tuviéramos principios, mecanismos, procedimientos, métodos, etc., que llamamos ‘correctos’: ¿cómo se podría hacer referencia a lo incorrecto epistemológicamente? ¿Qué sería lo incorrecto?

Resulta entonces ostensible que en la invocación de la falibilidad judicial o de la presunta e inevitable proclividad al error, se da una confusión ostensible respecto de lo que significa “probar una imputación”. Como ya se dijo, si esto último no se define en términos de reglas de verificación, acreditación inequívoca de la personalidad culpable, recursos de apelación, cuerpos colegiados periciales que convaliden la científicidad de las evidencias, aplicación de técnicas criminalísticas fehacientes, pues entonces simplemente habría que concluir que ningún crimen es esclarecible, que nunca se ha realizado de manera convincente (y más allá de toda duda razonable) una investigación policial. Sólo los crímenes cuyos perpetradores fuesen atrapados en flagrancia o los que conllevan la confesión voluntaria y articulada del delincuente (cuya casuística, por lo demás, es amplia<sup>77</sup>) serían considerados como incuestionables. Es obvio que esto tiene que estar mal. El enfoque es por completo inconsistente y desacredita sin argumentación – como ya se observó - el muy variado y bien

---

<sup>77</sup> Los casos de Michel Fourniret, Marc Dutroux, Joseph Fritzl, Luis Alfredo Garavito Cubillos, Charles Manson, Iñáqi Juana Chaos, Arizmendi, Caletti, Ángel Leoncio Reyes Recendiz, José Luis Calva Zepeda, Joe Bobby, Andrei Chikatilo, Harold Shipman, Jeffrey Dahmer, Pichushkin, John Wayne Gacy, Alton Coleman, Dean Corll, Clifford Olson, Samira Jassam, Gerald Eugene Stano, Donato Bilancia, Foxy Knoxy, Edward Gein, Ted Bundy, Ian Huntley, Mark Dean Schwab, Eric Harris, Dylan Klebold, Thomas Watt Hamilton, Christian Ranucci, Hamida Djandoubi, David Berkowitz, Armin Meiwes y Peter Bryan, entre muchos otros, ejemplifican a criminales implacables y escalofrantes, donde la flagrancia o la confesión inequívoca de sus atrocidades constituyen la referencia contundente de su culpabilidad. Algunos de estos perpetradores cometieron suicidio después de asesinar a varias personas, otros fueron ejecutados después de proceso, y algunos más compurgan grotescas sentencias de siglos.

establecido espectro de técnicas criminalísticas y de indagación para elucidar indefectiblemente un crimen. Por consiguiente, esta línea de argumentación de Voltaire y Bedau es inaceptable.

### **2.10.3. Flagrancia y confesión no coactiva.**

Concurrentemente, la flagrancia y la confesión no coactiva en los casos de actos antijurídicos abominables exhiben la contumacia del abolicionismo aquí examinado, puesto que lo que esta postura hace es precisamente evadir el problema ético que plantea siempre el acto atroz: porque ni siquiera en esta clase de situaciones, esto es, situaciones en las que ya no hay nada que indagar, en las que la evidencia se sustenta en un testimonio directo de lo acontecido o en una declaración pormenorizada del propio perpetrador, los impugnadores a ultranza de la pena capital aceptan su pertinencia moral.

Aquí la pregunta es: ¿qué habría que hacer para que el castigo supremo les resultara a los detractores de la pena de muerte siquiera en principio digno de ser tomado en cuenta? Supongamos que aceptamos que no se puede condenar a muerte a nadie por un homicidio (independientemente de si hubo dolo en ello). Preguntémonos entonces: ¿dos víctimas si harían a un individuo acreedor a semejante castigo? Planteemos que la respuesta sea ‘no’. ¿Habría un número de víctimas que sí justificara la pena capital? ¿Acaso tres, cuatro o más? Si *per impossibile* un hombre asesinara a un millón de personas o a dos incluso, ¿no lo haría ello merecedor de ser ejecutado legalmente? Aquí el argumento opera también en sentido inverso: por 1,999,999 personas asesinadas sin duda sería pertinente aplicar la pena capital al perpetrador, como por 1,999,998 y así sucesivamente hasta llegar a una persona asesinada. Aquí llegamos al punto crucial: el rechazo de la pena de muerte es simplemente un rechazo irracional.

### **2.10.4. Inmoralidad de la rehabilitación penitenciaria en relación con el criminal atroz.**

Cobra ahora más fuerza – y es preciso volver al tema a la luz de este contexto – señalar que los detractores de la pena de muerte omiten sin más la importante cuestión de si se debe o no impedir que el criminal atroz continúe participando como interno en programas de socialización. Como ya se expuso, a menos que se contravenga el derecho penitenciario internacional<sup>78</sup>, no puede coartarse la inserción de todo reo en un esquema rehabilitador. En este caso el problema no es epistemológico, pero entonces ¿cómo justificar la adhesión a dicho “programa”? ¿Cómo, sobre que bases se debe permitir que un criminal irredento siga disfrutando de posibilidades de superación personal, visitas maritales, encuentros familiares, etc.? ¿No hay un escarnio a la víctima inocente en que el

---

<sup>78</sup> Véase cita 75 de este capítulo.

Estado solvente todo eso a un individuo que eliminó a muchos otros, por ejemplo? La pregunta es: ¿qué podría ser en un caso así una justificación, o por lo menos una explicación mínimamente convincente de que esa es la decisión correcta? Lo menos que podemos decir es que por alguna extraña razón se están violentando aquí nociones o intuiciones elementales y, por lo tanto, podemos acusar a los enemigos de la pena de muerte para casos extremos de ir en contra de los dictados más básicos del sentido común.

### **2.10.5. La falacia lingüística de la etiología del delito en relación con el crimen atroz.**

Otro de los dogmas abolicionistas para exculpar al criminal, es plantear como en un experimento de química o física una vinculación de causa-efecto, a fin de convertir el hecho atroz en el desenlace inexorable al que se precipitaría el perpetrador considerando sus antecedentes psico-sociales. ¿Sería admisible lingüísticamente sostener que las consecuencias criminógenas en la conducta de un individuo son similares al producto de un experimento de laboratorio? Es ostensible que la existencia humana no puede entenderse como resultado inevitable de una fatalidad que marcara los actos de cada persona, pues ello equivaldría a rechazar el supuesto elemental de la libertad individual y, por lo tanto, a absolver todo lo que alguien hiciera. Resultaría ocioso, entonces, hablar de responsabilidad jurídica.

Es evidente que esto simplemente es una falacia consistente en que no se entiende lo que es la libertad, la “conducta no coactiva”, la posibilidad de decidir de un modo y no de otro, de responder y conducirse modificando las expectativas. La hipótesis del condicionamiento psico-social en el comportamiento lesivo y antijurídico hacia otros, parte de la aberrante concepción de un mundo sin libertad de pensamiento y de acción. Se trata del irracionalismo metafísico como exculpación de todo acto de vulneración. Según esto, tendrían que suprimirse conceptos lingüísticamente inteligibles y funcionales como “víctima inocente”, “estado de indefensión”, “atrocidad” y también el de “imputabilidad”. Se estaría ante un acontecer ciego e inmodificable. Por ejemplo, aquél que viola a un menor porque en su infancia fue violado, no puede decirse que actúe fatalmente o que no podría abstenerse de infligir tan abominable vejación. Se advierte en su forma de proceder un razonamiento claro, sabe a quién escoge como su presa y el daño que le causará, por ende no es en absoluto un inimputable. Por ende, el rechazo irracional, tajante e indiscriminado a la pena capital, presupone una concepción de la vida humana sin libertad de pensamiento y de acción, lo mismo que una impugnación de la idea misma de conducta responsable.

### **2.10.6. Determinismo como dogma sin sustento en usos específicos del lenguaje.**

Nos queda claro entonces que hay una vertiente en contra de la pena capital que presupone una visión determinista, y que en última instancia brota de lo que es una incompetencia lingüística. Ahora resulta que tenemos que es el defensor de la pena de muerte, quien tiene que demostrar que hay toda una variedad de conductas en las que simplemente no hay una concatenación ineludible de causas y efectos. Porque el ejercicio apto del lenguaje conlleva la posibilidad de proferir enunciados por medio de los cuales, por ejemplo, se cancela un encuentro, alguien anuncia que se abstiene de hacer tal o cual cosa, se modifica una intención, etc. Esto tiene que ver simplemente con la aplicación de reglas discursivas que acreditan una conducta autónoma. Y es precisamente porque el lenguaje nos autoriza a describir los hechos de este modo (esto es, como si los agentes fueran libres), que puede haber responsabilidad jurídica. De nuevo, nuestro sentido de justicia no se define como una sucesión de acaeceres al margen de la expresión de la voluntad personal de los individuos, no es así como se entiende lo que alguien hace o deja de hacer, pues lingüísticamente son irrenunciables nociones como “responsabilidad”, “acto criminal”, “castigo merecido”, etc. Como ya se expuso, todas esas nociones tienen reglas de uso colectivo.

Resulta moralmente aberrante defender la indulgencia como benevolencia complaciente con el criminal atroz con base en una justificación etiológica de la motivación última del acto lesivo irreparable, conmutando así la pena capital por cadena perpetua (en el mejor de los casos). Es evidente que los antecedentes biográficos del asesino, las circunstancias que pudiesen haber propiciado su violencia y su conducta letal, si bien son relevantes desde una perspectiva psicológica o criminológica, no lo son desde el punto de vista de la impartición de justicia, por lo que independientemente de cuáles sean las mismas, no lo convierten en inimputable o en un enfermo mental, ni suprimen un ápice la racionalidad de haber calculado con frialdad la muerte de un tercero. Los antecedentes podrían contar si se demostrara, por decirlo de algún modo, “matemáticamente”, que hay una conexión causal entre ellos y la acción. Empero, eso no se puede hacer, puesto que si se hiciera automáticamente se dejaría de considerar al criminal como un ser racional y eso es absurdo.

### **2.10.7. La falacia de la impugnación de la pena capital por la venalidad judicial o el deterioro del poder público.**

Por otra parte, insistir en refutar la validez de la pena capital fundándose para ello en los supuestos descomedimientos o venalidades de los juzgadores, en el deterioro del poder público o en un determinado modelo social, es simplemente no entender el fundamento ético de la justicia retributiva, la cual consiste - como traté de hacer ver en otras secciones del trabajo - en no otorgar ejercicio de derechos al perpetrador doloso, vejatorio, despiadado, que siega una vida inocente. ¡Y aquí hay que decir que con una basta! La validez de la pena capital no está supeditada a las coyunturas de un determinado concepto de estado, a

quién esté en el poder, etc. La pena capital representa el castigo a la traición ontológica al otro, a la vileza imperdonable de socavar irreparablemente una existencia autónoma irrepetible.

Esto es un tema que, hasta donde logro ver, quienes rechazan la pena de muerte ni siquiera consideran importante enfrentar. Como ya intenté hacer ver, esto representa un atentado en contra de la dignidad de la víctima, independientemente de que no esté ya en la tierra. La ofensa es, por consiguiente, independiente de la situación escatológica del muerto, si es que alguien quisiese argumentar que el interfecto, es decir, el asesinado, por ejemplo, habría pasado a mejor vida.

En virtud de todo lo que hemos venido diciendo encuentro justificado sostener que resulta moralmente perverso oponerse a una potestad punitiva como la encarnada en la pena de muerte, aduciendo cuestiones tan diferentes entre sí como imperfección inherente del discernimiento o probidad. Esta clase de justificación abolicionista no debilita en absoluto la pertinencia ética de la pena capital, sino que evidencia la degradante autocomplacencia con la criminalidad atroz de sociedades contemporáneas como las nuestras.

### **2.11. La defensa de la pena capital honra a la víctima y no menoscaba la salvaguarda de la vida ni de los principios educativos y sociales.**

En ningún momento sostener la congruencia y la pertinencia moral de la pena capital equivale a negar la necesidad de fortalecer el sentido cívico y el respeto a la vida de los otros, así como tampoco contribuye a que se desestime la importancia de la educación y el desarrollo social homologado como aspectos insoslayables en la prevención del delito. Se trata simplemente de no aceptar que el crimen atroz – independientemente de que se trate de una sociedad con alto nivel de civilidad –, allí donde acaezca conlleve o garantice que al perpetrador se le tutele la vida. La defensa de la pena de muerte representa, pues, una toma de posición frente a determinadas acciones humanas tendientes a honrar a la víctima inocente y a hacer respetar dolor de sus supérstites. Es exigir un celo probatorio incontestable, porque, en verdad, nada hay más ominoso y odioso que el acto abominable sin responsable jurídicamente inequívoco. Por ende, nuestra dignificación como individuos capaces de probidad cívica, constituye el correlato fundamental de la deontología de un poder público confiable, bajo una redefinición congruente del *ius puniendi* como tributo al lesionado antijurídica e irremisiblemente.

Se muestra entonces infundado y baladí querer hacer de la pena capital un castigo regresivo en materia de observancia de derechos fundamentales de la persona. Contrario a esto, lo que esta punición suprema pone de relieve es la exigencia de inviolabilidad de la integridad de los demás que todo individuo racional y sensato debe asumir como correlato indisociable de su propio derecho a la vida. Es por ello que como hemos aseverado ya en la presente exposición,

resulta incomprensible la postura abolicionista en boga, que omite por completo vincular la salvaguarda de la vida al respeto que de la misma se tribute a otros. La consecuencia de esta autocomplaciente omisión es la obscenidad de hundir a la víctima en el olvido mientras el perpetrador recompone carcelariamente nuevas posibilidades de existencia.

## **2.12. El sentido ético de la pena capital no está supeditado a estadística delictiva o efectividad disuasiva.**

Vimos que Voltaire y Bedau coinciden en que ambos argumentan en contra de la severidad del castigo, apoyándose en un supuesto “método cuantitativo”. Se seguiría de lo que dicen que tanto la estadística histórica como el modelo social estadounidense (en cuyo contexto Bedau discurre), indican sin que quepan dudas que lo único que se logra con la pena capital es plasmar los prejuicios y la arbitrariedad del poder constituido, y que ésta simplemente no consigue imponer efectos disuasivos significativos. Aparentemente, en estos contextos la ejecución de reos carecería por completo de beneficio comunitario.

Una vez más, podemos apuntar que persiste en este tipo de objeción una manifiesta ausencia del sentido ético de la pena capital: no se promueve la pena de muerte para ante todo propiciar consecuencias benéficas, modificar situaciones, alterar estados de ánimo, etc. El que esta potestad punitiva sea disuasiva o no, que corrija o no la incidencia de los crímenes atroces, es por completo ajeno a su positiva esencia retributiva. A lo que la pena de muerte obliga es a cumplir con el deber de restituir la equidad que suscita un daño infligido dolosa e irreparablemente a un tercero en su persona y ello mediante un castigo que cancele cualquier prerrogativa en el perpetrador. Es precisamente esto lo que una y otra vez permanece ausente de los razonamientos abolicionistas de estos autores, de ahí la importancia de hacer énfasis en ello.

### **2.12.1. Consecuencias éticamente aberrantes derivadas del método estadístico de Bedau.**

Es obligado aquí establecer con sustento en el anterior apartado, que la constante referencia estadística de Bedau lo lleva a incurrir en aseveraciones moralmente aberrantes, como el decir que hay constataciones tranquilizadoras – en determinados escenarios sociales – de que el imponer pena carcelaria a asesinos no se ha traducido en un incremento de los casos de venganza<sup>79</sup>. La irrepetibilidad de una vida humana vulnerada sin derecho no le merece respeto cualitativo *per se*, pero en cambio sí cree que contribuye a la plausibilidad de su postura abolicionista en tanto conforma un padrón casuístico aceptable como tendencia conductual. Empero, asumiendo *per impossibile* que ello es así, lo cierto es que podría ser de otro modo y en ese caso, es decir, si ese mismo padrón

<sup>79</sup> Bedau, Hugo, Adam, *The Death Penalty in America*, Oxford University Press, 1982, p.113.

se disparase en cuanto a la incidencia de actos de venganza, ocasionados por la frustración respecto de un sistema penal que tutela la vida de asesinos, ¿modificaría entonces Bedau su perspectiva y recomendaría el ejercicio de la pena capital para evitar el resarcimiento de los agravios entre particulares y para evitar el incremento en las tasas de criminalidad, la reincidencia, etc.? Según esta lógica, la concepción del *ius puniendi* en relación con el crimen atroz tendría que modificarse dependiendo de los registros de actos perpetrados. ¡Este sí que es un peregrino argumento! De manera inconcebible, como se infiere de todo esto, ¿se está haciendo depender la validez de un mecanismo de contingencias! Empero, la pena de muerte es aceptable o no por méritos o deméritos propios, no por cosas externas a ella.

Por consiguiente, subordinar la ética al pragmatismo de una política criminal sustentada en mediciones estadísticas, es sencillamente soslayar el compromiso moral de no justificar penas con ejercicio de prerrogativas carcelarias, en absoluto acordes con el daño irreparable infligido a una víctima inocente. Un crimen atroz sin castigo proporcional – y nada es conmutable por la propia vida cuando se le ha segado en otro o se ha causado a éste un daño irreparable – es una afrenta que pesará siempre sobre nuestra conciencia y en este sentido la postura kantiana es, pienso, simplemente inobjetable<sup>80</sup>. En esto no interviene consideración alguna sobre el prototipo de organización social y, más en general, sobre ninguna clase de utopía, pues la irrecusabilidad moral de la pena capital no está supeditada a las modificaciones contingentes de índole jurídica de un sistema de justicia ni a obligaciones contraídas por determinados tratados internacionales, las más de las veces impuestos en los juegos diplomáticos de las grandes potencias.

Así, pues, la incidencia delictiva no puede ser lo que determine la obligación moral de preservar la equidad y la proporcionalidad inmutable en relación con el crimen atroz. Para Bedau, la víctima inocente cobra importancia en tanto se integra a su medición estadística y si no suscita secuelas cuantitativamente significativas de desconfianza en el sistema judicial abolicionista, su número puede tolerarse. ¡Esta posición me resulta sencillamente escandalosa! Su razonamiento es aberrante en términos éticos, pues ni siquiera cabe hablar de indulgencia como una salvaguarda contra el error judicial –que en todo caso es un problema procesal sistémico, no del concepto de pena capital *per se*– sino simplemente de administración de los índices de consumación delictiva, sin alusión alguna al dolor de la víctima ni al abatimiento de sus familiares, amigos, parientes, allegados y demás.

### **2.13. Inconsistencia ética del argumento del costo de la pena capital.**

---

<sup>80</sup> Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Ediciones Espuela de Plata, 2004, p. 174.

Cuando en su argumentación abolicionista Bedau llega a plantear que ejecutar legalmente a un sentenciado – limitando su campo referencial al asesinato – significa un alto costo económico para el estado, lo que su tesis hace es denotar una incomprensión flagrante de la dimensión ética de la pena capital, construida desde la perspectiva de la justicia retributiva. Pero preguntémosnos: ¿qué es lo que aquí se preconiza? ¿Acaso que la inmoralidad de otorgamiento de derechos penitenciarios al sentenciado por crimen atroz se anteponga a su ejecución merecida por razones de costo-beneficio? Eso de entrada es abiertamente vejatorio, pues equivale a negociar los valores supremos de la moralidad y los encarnados en la idea suprema de justicia. La moraleja es obvia: en el fondo, por lo menos en relación con los casos incuestionables, el no ejercicio de la pena de muerte es un ejemplo palpable de injusticia e inmoralidad.

La postura de Bedau es, pues, insostenible e incurre en una grosera degradación de una obligación ética irrefragable *vis à vis* una víctima inocente de un acto criminal atroz, reduciendo tal imperativo a una grotesca consideración fiscal, a un mero cálculo de contingencias. Lo que con tal argumento crematístico se pretende hacer es tasar la ética en términos de mercado. Como resulta caro ejecutar con apego a norma legal (lo cual es, además, cuestionable y por completo aleatorio), el deber de salvaguardar la equidad y la proporcionalidad en cuanto al castigo conducente al acto sanguinario e irreparable – por supuesto, acreditada fehacientemente la culpabilidad – se cancela. De hecho, tal deber no existe para Bedau, pues en su marco de análisis –el imperfecto sistema judicial estadounidense– sólo hay cabida para las incertidumbres judiciales. Sin embargo, es obvio que la ética no se ciñe por consideraciones presupuestales ni se supedita a la conveniencia de la hacienda pública. No esclarecer y castigar con severidad el crimen atroz, teniendo en cuenta todo el acervo de técnicas criminalísticas y la metodología indagatoria hoy disponibles, sólo denota incompetencia o complicidad de quienes se desempeñan en las instituciones incumbentes y de impartición de justicia. De nuevo se nos presenta una conclusión ya analizada en el presente trabajo, a saber: una colectividad carente de virtud cívica sólo puede incitar la connivencia con el delito y la impunidad ética correspondiente.

Es patético invocar como salida expeditiva a la labilidad ética el no condenar al criminal inexorable y sanguinario. Resulta aquí de nuevo pertinente una conclusión general nuestra, a saber: que la falta de certeza probatoria que resulte de la falta de probidad e impecabilidad del sistema de impartición de justicia no puede dar lugar a un argumento sólido en contra de la pena capital. Es más bien el signo de una aberración en la estructuración social que se asume como fatalidad conveniente, y que vicia tanto las instituciones como las mentes de los agentes sociales.

## **2.14. La interpelación ética de cada acto criminal atroz.**

Cada acto atroz nos exige una respuesta ética, social, policial, pericial, etc., pues pesa sobre nuestra conciencia la exigencia de esclarecimiento cabal del hecho. Es por ello que no tiene sentido argüir que no debe ejecutarse a un perpetrador de lesividad extrema, independientemente de si ello impedirá o no crímenes similares en el futuro. Bedau muestra una indiferencia brutal por la vida inocente y es ajeno a la interpelación que para nuestra conciencia cívica conlleva su supliciamiento inaceptable. Lo más desconcertante en su exposición es el desenfado con el que expresa tales desatinos; simplemente deja deslizar tales consideraciones como si fuesen convincentes de suyo. En última instancia se busca imponer la impostura de que la ética punitiva ha de procurarse o no, ¡en función de los recursos presupuestales en cuestión! ¡Es decir, sobre algo por completo aleatorio como determinadas partidas de dinero público!

### **2.15. Comprensión falaz de Bedau respecto del sentido retributivo de la pena capital.**

La objeción de Bedau al carácter retributivo de la pena capital falla por completo, pues entre otras cosas es claro que no se trata en absoluto de infligir las mismas vejaciones al perpetrador que éste hubiese obrado en su víctima. La retribución estriba en el pago del agravio extremo con la vida del criminal. Sería absurdo torturar o mutilar al sentenciado para justificar la equidad punitiva. Es fundamental destacar que semejantes procedimientos punitivos constituyen una deformación tendenciosa del fin de la pena capital, que en la exposición retencionista sustentada aquí, no persigue ni el escarmiento ni la intimidación en los pueriles términos expresados por el autor.

Nosotros defendemos la idea de que los derechos a la integridad del reo deben observarse con cabalidad hasta el momento de su ejecución. Sostenemos, en concordancia con ello, que el método de imposición de muerte al reo debe procurar el menor dolor posible y la forma más benevolente y expedita de desenlace, utilizando para ello todos los avances tecnológicos de la coyuntura histórica en cuestión. Por supuesto esto no contraviene lo sustentado por nosotros en cuanto a que el castigo supremo se dé como ejecución pública. El momento de la muerte como ejecución legal de un imputado, como se dijo ya, debe ser constatado por la sociedad a la que éste agravió desmedidamente. Esto no es un asunto que prohíje expresiones de venganza – no hay aquí pena de ignominia -, es un derecho de los agraviados en su conjunto. Paralelamente, la publicidad del juicio es imprescindible, para que la ciudadanía conozca el avance de las comparecencias y la solidez de las argumentaciones.

### **2.16. Comprensión falaz de Bedau respecto del sufrimiento y la indefensión del reo.**

En este contexto, resulta claro que es igualmente improcedente la objeción de Bedau a los distintos métodos de ejecución, en el sentido de que ninguno exime

al reo de sufrimiento. De nuevo se advierte aquí falta de rigor semántico, pues “ejecutar a alguien” conlleva el causar un daño tal a su organismo que sobrevenga fatalmente su deceso. Si, por otra parte, la certidumbre de una fecha inaplazable para la extinción de su existencia suscita en algunos sentenciados estados de angustia, ello forma parte de la índole de cada individuo, pero no incide en la obligación ética de consumir la sentencia. Aquí es menester distinguir entre “dolor causado deliberadamente” y “dolor inevitable causado por una ejecución legalmente sancionada”. Bedau juega con el significado de la palabra “dolor”, pero no traza suficientes distinciones detrás de esta categoría. Por lo tanto, su objeción fundada en el dolor se funda en la elasticidad de una noción. Aquí lo importante es percatarse de que el dolor ocasionado por la expulsión del mundo no es ni deseado ni gratuito ni buscado *per se*.

Bedau suscribe el deficiente argumento de Camus<sup>81</sup> de que el estado lleva a cabo un asesinato premeditado en la persona del reo. Esto, como vimos, no es sino una caricaturización del estado y sus instituciones. Lo que en cambio sí se omite decir es que el individuo sujeto a juicio goza de garantías procesales, entre ellas la defensa jurídica profesional, el derecho de apelación, prerrogativas que, podemos estar seguros de ello, él en ningún momento otorgó a su supliciado. Es decir, la pena capital forma parte esencial del funcionamiento legal del *ius puniendi* cuando éste es irreprochablemente ético; no se trata de un dispositivo exógeno a la administración de justicia o al cumplimiento de la legalidad. Por ende, si se pretende argüir que tales garantías no se observan en la praxis procesal real, entonces lo que hay que impugnar es el sistema judicial en cuestión, no la pena capital *per se*.

Es evidente *a priori* que un sentenciado a muerte pasará por un sinnúmero de estados de ánimo que serán todo menos agradables (miedo, desesperación, arrepentimiento, etc.). Lo importante, sin embargo, es entender que dichas tonalidades de ánimo (incluyendo la manifestación de un arrepentimiento sincero), son meras expresiones de su subjetividad, pero ciertamente no restituyen la vida inocente vulnerada por el acto atroz. Se sigue que no pueden ser tenidos como factores de descargo de la responsabilidad jurídica ¿Cómo podría validarse como moralmente plausible el que se acreditase como criterio de conmutación de pena una declaración de sentimiento profundo de culpa? Aquí debe prevalecer un sentimiento de equidad: después de todo, la conmiseración que pueda inspirar el criminal condenado no lo embargó a él durante el proceso de planeación inexorable de la muerte de ésta.

En conclusión, el argumento del daño psicológico anticipado es trivial; se trata de ámbitos de castigo por la comisión de crímenes, no de procesos recreativos. El abolicionismo cae aquí en un círculo vicioso, pues invocar el probable daño psicológico al inculgado, ¿significa cancelar toda diligencia

---

<sup>81</sup> Bedau, Hugo, Adam, *The Case Against The Death Penalty*, Capital Punishment Project, American Civil Liberties Union, p.13.

judicial? Y a su vez, ¿es lógico plantear que los procedimientos judiciales han de supeditarse al bienestar emocional del inculcado o en caso contrario suspenderse? Sencillamente aducir esto es no entender ni mínimamente la operación procesal de la justicia.

### **2.17. El acto abominable que denota premeditación y no defensa para la víctima inocente, soslayado en sus consecuencias morales por el abolicionismo.**

Lo que en la comisión del acto abominable prevaleció fue la anticipación para lesionar letalmente – o con brutal vejación – y sin posibilidad de defensa a un tercero inocente. Esta clase de caso despiadado en relación con la víctima indefensa simplemente no figura en la proclama retencionista de Voltaire o de Bedau. Y me refiero una vez más a ellos porque son las divisas doctrinarias del abolicionismo en boga. En el universo criminal de estos autores, los responsables de ejercer justicia son los verdugos de la sociedad donde se desenvuelven; están ahí para perpetuar la malevolencia de un poder público ominoso e intimidatorio. En esto sustentan sus respectivas posturas. Por consiguiente, no hay en ninguno de ellos un esfuerzo por efectuar un análisis ponderado de los principios de equidad y de proporcionalidad respecto del *ius puniendi* en los crímenes atroces, que nada tiene que ver con la aflicción vejatoria del cuerpo del reo como antesala agónica a su muerte, ni con las deficiencias periciales o de discernimiento de la autoridad incumbente. Y como se ha dicho ya, el hacer el recuento pormenorizado de los abusos del poder público obra en detrimento de éste, no de la pena como tal, la cual se funda en razones y no en consideraciones derivadas de otros temas.

### **2.18. La falacia nietzscheana del castigo como dominación invariable del otro.**

Aquí es pertinente, por no decir inevitable, hacer una referencia a la falacia nietzscheana de que detrás de la pena no hay otra cosa que una voluntad de subyugación de aquél a quien se inflige el castigo, esto es, de que en la génesis de todo orden jurídico habría un poder que embozaría su dominio:

“También se ha imaginado de este modo la pena, como si hubiera sido inventada para castigar. Pero todas las finalidades, todas las utilidades son sólo indicios de que una voluntad de poder se ha enseñoreado de algo menos poderoso y ha impreso en ello, partiendo de sí misma, el sentido de una función”<sup>82</sup>.

---

<sup>82</sup> Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, Alianza Editorial, Tercera edición, 2011, Tratado Segundo, 12, p. 112.

Aseverar que la justicia es básicamente sometimiento de aquéllos a los que alcanza es simplemente hacer un enunciado sentencioso. Me explico: es evidente que hablar así del *ius puniendi* cancela toda relación de respeto ontológico entre sujetos que ejercen su racionalidad sin vulnerarse o menoscabarse en su dignidad fundamental. Nada más ajeno a Nietzsche que esto, en virtud de su obsesión por las intenciones ocultas de una “voluntad de poder” (*Wille zur Macht*) sin otro propósito que su propia expansividad expoliadora del mundo. Tal perspectiva resulta por completo estéril para una sociedad con virtud cívica y modos viables de coexistencia equitativa. La diatriba nietzscheana contra la moral y el derecho se inscribe en una posición personal respecto de lo que él llama “la mala conciencia”, “la interiorización del hombre” como síntoma de su debilidad orgánica y la imposibilidad de descargar su vitalidad instintiva “hacia fuera”<sup>83</sup>. Según esto, el sujeto moral sería tributario de una voluntad enferma, un decadente fisiológico. Todas estas caracterizaciones prescinden de conductas perfectamente constatables en los usos del lenguaje como la honorabilidad, la competencia profesional irreprochable, la benevolencia y la solidaridad respecto de los demás, que incorporadas a un sistema judicial lo invisten de credibilidad y aceptación unánime. En suma Nietzsche dice: ¿para qué castigar, si el mal causado es irreversible? ¿Cuál es el “punto” del castigo, si en efecto así es? ¿No involucra el castigo necesariamente un elemento de venganza? A esto respondo puntualizando que el *ius puniendi* que atiende con rigor ético y pericial los crímenes derivados de actos atroces, cumple funciones de un valor social indudable, a saber: evita la venganza, dignifica al perpetrador como sujeto jurídico, infunde fuerza y consenso al poder público y no suscita equívocos respecto del valor mismo de la justicia y su eficacia. Nada de esto podría siquiera columbrarse en una perspectiva como la planteada por Nietzsche.

### **2.19. La inmoralidad de la indulgencia abolicionista en relación con la presunta inhumanidad de la pena capital.**

Por otra parte, intentar esgrimir un principio de indulgencia o de no severidad punitiva - según proponen Voltaire y Bedau - como el criterio de sensatez que debe regir en las imputaciones y en las sentencias es una forma simplista, superficial y poco seria de caracterizar la pena capital como el emblema de una “justicia inhumana”, en el peor de los sentidos. Es precisamente en esta vertiente de pensamiento que se encuentran Roxin y Jescheck. Pero la pregunta que no podemos menos de hacernos es: ¿Qué podría ser inhumano en la pena capital como mecanismo retributivo de equidad? ¿Ha de entenderse la indulgencia en los casos de criminales sanguinarios e implacables como una positiva actitud de perdón *per se*, en virtud de que el perdón sería lo que nos humaniza? ¿Ha de invocarse un orden ético trascendente al hombre - como hace Voltaire - para fortalecer la falibilidad humana en cuanto a su certeza judicativa? En otro momento se expuso que esta clase de argumento se deriva de una falta de

<sup>83</sup>Ibid, Tratado Segundo, 16, pp.121- 122.

comprensión de los usos jurídicos de prueba pericial, flagrancia, garantías procesales y sentencia sustentada. Podemos, por lo tanto, desentendernos de ello.

Por consiguiente, como era de esperarse, es simplemente absurdo hablar de inhumanidad en relación con la pena capital, cuando la inhumanidad es ostensible y ominosa en, digamos, un asesino implacable en su conducta criminal, al no manifestar el más mínimo respeto por la dignidad ontológica de un inocente. A mi modo de ver lo que la situación prevaleciente muestra es que lo realmente inhumano es un sistema de justicia abolicionista, en el que se sentencia a un castigo penitenciario a quien ha despojado de la vida a otro o a quien le ha causado daños irreversibles a un ser humano, confiriéndosele así prerrogativas *ad vitam*, no obstante lo repudiable y odioso de su acción. Tal concepción del *ius puniendi* acepta investir de invulnerabilidad como persona al criminal sanguinario y despiadado, a pesar de que no haya duda alguna sobre su responsabilidad jurídica. Aquí quien realmente resulta dos veces lesionado es la víctima del criminal: primero éste lo despoja de su vida y, segundo, la sociedad no lo defiende ni muerto. Eso es, en mi opinión, lo que ostensiblemente resulta inhumano.

El criminal atroz no está menguado en sus aptitudes intelectivas al causar un daño intencional, así como tampoco es lingüísticamente incompetente, pues evidentemente interactúa con el entorno, concibe coartadas, ejerce la simulación para evadir la justicia y en muchos casos planea nuevos crímenes. No estamos frente al *hébéte* (el pasmado) que no obstante la antijuricidad de su acción no denota una subjetividad sólida y articulada, ni tampoco frente a una fiera que mata por instinto. La indulgencia volteriana, totalmente superficial e irresponsable, no considera nada de esto, puesto que es antes que todo un recurso para contrarrestar el fanatismo o los prejuicios respecto de los casos de justicia arbitraria que él examina. Constituye una especie de emotividad terapéutica ante la tendencia abusiva del poder público. Obviamente, esto no basta para descartar como justa la ejecución del criminal.

## **2.20. Potestad judicial ética y pericial, sin vínculo lógico con la indulgencia.**

Sin embargo, carece de pertinencia aducir injusticia ahí donde el juzgador ejerza un discernimiento imparcial y cuyas conclusiones se sustenten *stricto sensu* en evidencias periciales inobjectables. Asimismo, carece de pertinencia tal objeción ahí donde cuerpos colegiados tribunales éticos y profesionales se pronuncien sobre la materia criminal en cuestión. A este respecto resulta siempre ilustrativa la postura de Carrara<sup>84</sup>, según la cual la benevolencia judicial no menoscaba el rigor inmovible de la resolución punitiva. El equilibrio en el raciocinio, la

---

<sup>84</sup> Op. cit., p.7.

templanza, la sapiencia pericial y la responsabilidad acendrada de respeto irrestricto a las garantías del imputado, son atributos insoslayables entre quienes indagan y se pronuncian sobre un delito de alta gravedad. Empero ¿qué vínculo lógico habría entre esta conformación cualitativa del perfil ético y profesional de quienes están investidos de competencia para elucidar el crimen, y la indulgencia? Ninguna, pues no es éticamente consistente investigar y esclarecer el acto atroz para luego rehabilitar al responsable en un ámbito carcelario. Contrariamente a esto, lo que en mi opinión debería motivar la pesquisa desde un punto de vista profesional y honesto sería el deseo de honrar a la víctima inocente, al ciudadano mancillado, es decir, corroborar que efectivamente aquél que lo vulneró infamemente no goce de prerrogativas amparado en ideas erradas y promoviendo así la impunidad. Por consiguiente, si por “indulgencia” se entiende la inclinación a indultar – que es una de sus acepciones y que en nuestro contexto vendría a equipararse con la exclusión de la pena capital del *ius puniendi* – entonces la ética judicial retributiva no admite tal postura.

### **2.21. El merecimiento del castigo debe excluir aspectos no probatorios o no éticos.**

Ahora bien, si una vez capturado el perpetrador y determinada de manera fehaciente su autoría, de todos modos se le tutela en su integridad ontológica, prevalece la contradicción de una inequidad punitiva en detrimento del que padeció la acción antijurídica. ¿Cómo se resuelve este problema? Sólo se resuelve con la pena capital como ha podido verse en nuestra exposición. Por consiguiente, el merecimiento del castigo no puede verse modificado por consideraciones de orden emotivo o de conmiseración, independientemente de la crueldad o del carácter abusivo de un sistema judicial, pues con ello lo único que se lograría sería obrar en menoscabo de la inexorabilidad de la sentencia. Es innegable que el fanatismo y la prevaricación son indicativos de vicios de comportamiento institucional en una sociedad determinada. Empero, hay aquí un *non sequitur* si con ello se quiere implicar la inevitabilidad de este tipo de praxis. Lo esencial en el ejercicio de la pena capital estriba en el carácter demostrativo de la prueba de culpabilidad y no tiene nada que ver con consideraciones de orden subjetivo. Lo que cuenta es la responsabilidad jurídica en relación con lo que comunitariamente esté determinado como crimen atroz. Una vez que tal sustentación probatoria se da, la justificación ética del ejercicio de la pena capital se impone de suyo.

Yo creo que los detractores de la pena capital intuyen todo lo que hemos venido argumentando, y es por ello que en sus afanes terminan por invocar un orden de moralidad trascendente, inasequible para una presunta razón humana falible y débil, asegurándonos que nada puede haber en la justicia mortal (la única que conocemos en realidad) que acredite indefectiblemente que no se sentencie a un inocente; o bien esgrimen el desaseo procesal de los tribunales bajo su ámbito de análisis estadístico como razón suficiente para justificar la no

aplicación del castigo merecido y justo. Pienso que lo único que podemos comentar es que esta defensa abolicionista pone al descubierto la complicidad de los enemigos de la pena de muerte, al tiempo que promueven abiertamente la impunidad.

## **2.22. La compurgación severa denota que se conoce indefectiblemente al responsable jurídico de un crimen atroz.**

Por otra parte, la compurgación prolongada o la cadena perpetua sólo puede sustentarse en el hecho de que se tiene la certeza de habérselas con un individuo de alta lesividad criminógena. Se sigue que es simplemente falso que los crímenes no puedan probarse fehacientemente, ¿porque entonces qué motiva tan severa reclusión? Esta es una pregunta que el abolicionismo simplemente elude. Argumentar que la sentencia con pena carcelaria permite siempre la rectificación social es evadir la exigencia ética de que el sistema de justicia sea impecable.

El abolicionismo aduce, sin embargo, que exonerar a una persona por falta de soporte probatorio luego de que dejó de ejercer su libertad cívica durante años equivale a destruir una vida, a coartarla en sus posibilidades de desarrollo, y reviste la misma gravedad e inmoralidad que condenar a un inocente a muerte. La posibilidad de una rectificación tardía no es un argumento válido en contra del castigo como tal, ni tampoco en contra de la pena capital. Antes bien, lo que evidencia es un solazamiento en la ineptitud de quienes deben garantizar el funcionamiento adecuado del sistema judicial. Porque si la conclusión es que no se pueden obtener sentencias sustentadas en hechos convincentes e inequívocos, tendría que llegarse al absurdo de preconizar la suspensión de todo proceso judicial. Como ya se ha expuesto, el problema no reside en el sistema de justicia, sino en la sociedad que no exige funcionarios aptos.

A partir de lo último argüido, el punto que quiero establecer es simplemente que no hay justificación para no exigirle al poder público el acreditar en un sujeto imputable, su responsabilidad irrefragable en la acción delictiva, o bien eximirlo en caso de no darse determinado resultado pericial inculpatario. De nuevo, sin la operatividad del concepto de responsabilidad jurídica habría que renunciar al ejercicio de la justicia y al pronunciamiento de sentencias fundamentadas. Habitaríamos un mundo estrambótico donde acaecerían acciones destructivas contra las personas sin que hubiera responsables de las mismas. Es decir, habría siniestros inescrutables – además de las catástrofes naturales que los sajones denominan *acts of God* – en los que se reconocería una intencionalidad sin sujeto imputable. Lo que aquí resalta es una falta de elucidación respecto de la manera como aplicamos el lenguaje. Por ejemplo, y como se ha ya planteado, prevalece la falacia de omitir el uso de nociones como “prueba pericial”, “técnicas criminalísticas”, “acto doloso”, “víctima inocente”, “flagrancia”, “confesión voluntaria”, “garantías procesales”, “derecho de apelación”, “revisión de pruebas”, “indefensión”, “crueldad

innecesaria” y muchas otras más, que son fundamentales para el ejercicio certero e impecable del *ius puniendi*. El problema es, por ende, tanto deontológico como pericial, más no de incognoscibilidad de los fenómenos delictivos. El sentido del deber, la probidad en el desempeño como autoridad competente, el carácter científico de una investigación penal exhiben significados cabalmente inteligibles y ejercibles.

### **2.23. La doble falacia de la ética como ámbito trascendente y de la deficiencia sistémica.**

El aseverar que la ética como práctica de conducta impecable pertenece al mundo supralunar - válgame la figura aristotélica - o invocar un supuesto relativismo axiológico no son sino expresiones retóricas, es decir, sirven para validar el no comportarse correctamente en relación con nuestros semejantes. El sentido del deber, el cumplimiento de las promesas y el respeto a la dignidad de los demás, son nociones que no están en el lenguaje como un legado sagrado e inescrutable, sino que reflejan y aluden a líneas de conducta específicas. Ser honesto, templado en el juicio, sapiente en una disciplina pericial, son realidades cuya constatación es manifiesta en una praxis reconocible y no tienen vínculo necesario con religión alguna. Sencillamente son formas de comportamiento cotidiano perfectamente viable.

Las argumentaciones de Voltaire y de Bedau examinadas en este capítulo, no tendrían sentido sin una noción de lo que es la verdad y el modo de articularla en el mundo de la experiencia; es esta referencia la que les permite señalar las desviaciones respecto de lo verídico en los casos o modelos sociales que analizan. La conclusión a la que estos autores lleguen en cuanto a que las sociedades sean incorregibles respecto de los actos de prevaricación de sus tribunales o de discriminación o fanatismo en la imposición del castigo al delito, no pasa de ser un postulado personal, motivado por su propia circunstancia o emotividad desde su vivencia del mundo. Empero, no se puede sustentar debido a una cierta sensibilidad desencantada de la impartición de justicia o bajo la evidencia de una tendencia estadística de casos judiciales fallidos, que haya un problema epistemológico insuperable en la acreditación inequívoca de la culpabilidad delictiva.

Una de las más grandes debilidades del abolicionismo estriba precisamente en soslayar que lo que se señala como deficiencia sistémica sólo es tal desde la plataforma de una situación idealizada acerca de cómo tendrían que llevarse a cabo los procedimientos indagatorios o procesales para considerarse inobjetable. Pero no tenemos por qué confrontar la praxis jurídica con situaciones artificiales: si dicha praxis de sustento de la imputación mostrara con suficiente regularidad su solidez probatoria en los casos de crimen atroz, entonces la pena capital – que encarna una concepción de castigo retributivo como algo insustituible, si lo que se mide es la equidad en la supresión de derechos entre el

perpetrador y la víctima – no admitiría restricción en su ejercicio. Por el contrario, obligaría a su cumplimiento. Resulta evidente que el valor moral y jurídico de la pena capital no puede girar en torno a la ignorancia, la impericia y nociones por el estilo. Por consiguiente, el problema no es el de alguna deficiencia sistémica originada por alguna suerte de dificultad inherente en la elucidación del crimen, sino la aceptación complaciente de una praxis judicial deshonestas e inconsistente.

Es claro que un sistema judicial de aplicación virtuosa es perfectamente factible, donde se erradiquen la prevaricación y el desaseo técnico en la integración de evidencias fehacientes. Por ende, aquí la pregunta obligada sería: ¿podría darse el caso de que el crimen atroz esclarecido no se hiciera acreedor a la pena suprema? Asumiendo que la investigación sea perfecta y que se establezca de manera impecable la culpabilidad del reo, ¿merece éste o no la pena máxima? Lo único que podría objetar el abolicionista opositor sería que no hubiese pruebas que acreditasen la identidad del responsable jurídico; empero, lo que en un sistema judicial de aplicación virtuosa procedería sería simplemente la no fabricación de culpables ni la conculcación de derecho alguno de los ciudadanos. El *onus probandi* determinaría la exigencia de un método elucidatorio irreprochable del delito por parte del poder público. No habría, obviamente, en este contexto, nada que sustentase rechazar la pena de muerte misma como castigo justo en el caso de un crimen abominable.

#### **2.24. Coincidencia de la justicia retributiva con un modelo social humanitario y solidario.**

En cuanto a los planteamientos de Roxin y de Jescheck, respecto de una política criminal que se sustente en el concepto de prevención general del delito, es importante establecer matices sustantivos. La ética comunitaria como fundamento insoslayable de la instanciación de valores que preserven la dignidad ontológica de las personas, sin duda constituye un aspecto primordial en el ordenamiento de conductas de alta socialización. Paralelamente, el equilibrio en la integración cultural y económica de una sociedad – que permita fortalecer la convicción de obediencia jurídica – es imprescindible para articular formas de coexistencia que tiendan a mitigar significativamente los umbrales de marginación o de resentimiento respecto del marco jurídico vigente. Es decir, hablaríamos de un estado con alta evolución cívica, con elevación de la vida social, y por ende con una sólida expectativa de mantener índices delictivos cada vez más reducidos.

Ahora bien, no obstante el “principio humanitario” que esgrime Jescheck como criterio teleológico de la política criminal, a fin de propender a la descriminalización en la medida en la que los individuos desarrollen una conciencia de pertenencia a su colectividad, no suprime la pertinencia de la pena capital cada vez que sobrevenga un crimen atroz. Es esta la gran omisión de esta

tesis, como ya aseveramos en varios apartados. Pues aún en un supuesto modelo social donde el crimen deviniera la excepción en el comportamiento colectivo, el acto abominable exigirá siempre el castigo extremo. Empero, la idea de un orden ético acendrado –en el seno de un estado jurídicamente sólido– en el que la criminalidad no incidiera significativamente en la vida colectiva, como paradigma de virtud cívica perseguible de suyo, *per se*, no constituye una novedad teórica. Se encuentra ínsito en la noción de “virtud” (ἀρετή<sup>85</sup>) en Platón y Aristóteles, en la postulación del reino teleológico – racional de Kant<sup>86</sup>, como también en la idea hegeliana de sociedad civil donde prevalece un derecho individual a “des Anerkanntseins als eines Daseins in dem existierenden allgemeinen Willen und Wissen über”<sup>87</sup>, y donde la persona concreta está concebida como fin que a través de la vinculación con los otros se afirma y se satisface<sup>88</sup>. Tal virtud cívica – plasmada desde estas distintas perspectivas – desplegada como altruismo y solidaridad, sin duda cumpliría genuinamente el propósito de un sistema penal rehabilitador en términos generales. Y es significativo que en ninguno de estos grandes pensadores se hable de suprimir la pena capital por ello. La razón es obvia, y es que independientemente del perfeccionamiento ético en la conducta comunitaria, el evento del acto atroz nos interpelará siempre para que demos una respuesta de equidad, que no es otra que la cancelación del derecho a la vida al perpetrador en los términos que se han ya expuesto.

<sup>85</sup>Platón se refiere al “σοφός δέ καί ἀγαθός διά αὐτόν πολίτης τε καί ἄρχων καί ἀρχόμενος ἔνδικως ἔσται πόλεως ἅμα καί ἐμμελής” (*Epínomis* 976d) (“sabio y bueno en tanto ciudadano, como gobernante o gobernado, recta y cívicamente unido y armonioso”. Mientras que Aristóteles alude a “...τις ἀρχή καθ’ ἣν ἄρχει τῶν ὁμοίων τῷ γενεῖ καί τῶν ἐλευθέρων... ἦν δεῖ τὸν ἄρχοντα ἀρχόμενον μαθεῖν (*Politics*, Book III, 1277b10) (“un tipo de autoridad que rija a iguales por su índole y por ser libres... es preciso para el gobernante aprender a ser gobernado.”)

<sup>86</sup>Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Feliz Meiner Verlag, Hamburg, 1999, (432–30), p. 60. Respecto de dicho ámbito de racionalidad Kant dice: “Ich verstehe aber unter einem Reiche die systematische Verbindung verschiedener vernünftiger Wesen durch gemeinschaftliche Gesetze”. (“entiendo por tal reino la vinculación sistemática de distintos seres racionales mediante leyes comunes”.)

<sup>87</sup>Hegel, GWF, *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, &101, (217), Dritter Teil. Die Sittlichkeit, Zweiter Abschnitt. Die bürgerliche Gesellschaft. B. Die Rechtspflege, b. Das Dasein des Gesetzes. “el reconocimiento como existencia en el querer y saber generales”.

<sup>88</sup>Ibid, Dritter Teil. Die Sittlichkeit, Zweiter Abschnitt. Die bürgerliche Gesellschaft (182). “Die konkrete Person, welche sich als besondere Zweck ist, als ein Ganzes von Bedürfnissen und eine Vermischung von Naturnotwendigkeit und Willkür, ist das eine Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft, aber die besondere Person als wesentlich in Beziehung auf andere solche Besonderheit, so daß jede durch die andere und zugleich schlechthin nur als durch die Form der Allgemeinheit, das andere Prinzip, vermittelt sich geltend macht und befriedigt”. (“la persona concreta, la cual en tanto fin particular, como un todo de exigencias y una mezcla de necesidad natural y volición, constituye un principio de la sociedad civil; empero, la persona particular, esencialmente vinculada a otros semejantes, a través de ellos y bajo la forma de la generalidad – el otro principio –, media, se afirma y se satisface”.)

## 2.25. La inconsistencia ética de Roxin y Jescheck.

Ahora bien, se advierte una inconsistencia ética insalvable en Roxin y Jescheck, pues ellos evaden plantearse con seriedad el hecho de que no todo infractor merece ser recuperable para la sociedad. El concepto de prevención general que estos autores manejan se limita simplemente a proponer reclusión carcelaria en los casos de crimen grave, esto es, donde se produjo la comisión de atrocidades contra un tercero inocente. Pero tenemos derecho a preguntar: ¿qué fue lo que se previno en tales ejemplos criminales? Porque decretar una determinada compurgación significa que se actúa judicialmente, es decir, *a posteriori*. La persona vejada con sevicia o asesinada careció de defensa, nada en el poder público pudo evitar el desenlace atentatorio contra su dignidad ontológica. ¿Y entonces qué es lo que podrían decir estos autores ante tales hechos consumados? ¿Cómo resuelven el problema de la impartición del castigo? Si todo el mérito de su sistema es una presunta prevención del crimen, y si dicha política ostensiblemente falla cuando la atrocidad acaece: ¿sería la compurgación el castigo adecuado al crimen odioso contra niños o ancianos desvalidos, por ejemplo? Este tema ni siquiera lo bosquejan estos autores, pues es evidente que no tienen nada que responder, ni su visión de la criminalidad nada que ofrecer en materia de una justicia equitativa y proporcional respecto de tales contextos delictivos.

Si por “prevención” se entiende pura y llanamente que dada la alta profesionalización de un sistema penitenciario el reo no podrá escapar y no volverá a llevar a cabo actos como los que ya efectuó, entonces permanecemos en el uso retórico de las expresiones o de las verdades a medias. Peor aún: simplemente eludimos el espinoso tema de la adjudicación de castigos conforme a lo que es justo. El hecho inconfutable es que alguien ya padeció la acción criminal implacable y lo que se pretende procurar es simplemente que tal cosa no vuelva a suceder. Claramente, el beneficio de la prevención no habrá sido para la víctima. Lo que esto significa es que ni la mejor política de prevención del crimen puede sustituir a la impartición de un castigo justo, independientemente de cuán severo pueda éste ser.

Aquí hay una falacia obvia: la impartición de justicia, por así decirlo, ve hacia atrás, en tanto que la prevención ve hacia adelante. Ambas perspectivas son ciertamente complementarias, más no mutuamente sustituibles. Eso es lo que estos autores no parecen haber comprendido. Cada vez que estemos frente al caso atroz, se nos presentará una interpelación moral, la justicia retributiva volverá a plantearnos qué se debe hacer en ese caso particular, lo que significa otorgar derechos penitenciarios al perpetrador en menoscabo desde luego de la víctima privada irremisiblemente de tales prerrogativas, o de tal manera ultrajada que su vida no volverá a recuperar la integridad perdida. Y como se ha visto, esto para nada está en el horizonte de Roxin o Jescheck.

Es perfectamente imaginable que un asesino sanguinario se reformara durante su internación y que se convirtiera en un reo ejemplar, pletórico de

atributos loables por su comportamiento ejemplar. ¿Anularía esto el carácter abominable de sus crímenes? ¿Dónde queda el suplicio de sus víctimas? ¿Acaso en la conmemoración luctuosa de sus allegados? ¿Cómo puede resultar moralmente admisible propiciar que se dé una evolución como persona en aquél que aniquiló la subjetividad de otro? De hacerlo así, lo que ello significaría sería simplemente que se estaría negociando la eficiencia rehabilitadora del sistema penitenciario a expensas de la víctima irrecuperable.

## 2.26. El cinismo abolicionista.

Me parece que podemos señalar ya con cierta seguridad que los abolicionistas no enfrentan con honestidad la cuestión del *status* del crimen horrendo y de cómo enfrentarlo una vez que fue cometido, cuando se limitan a aseverar que la pena capital contraviene garantías fundamentales de todo individuo. Hay un elemento innegable de cinismo, que en verdad en este caso es sinónimo de desvergüenza, en su afán por sublimar al criminal, quien a sus ojos es siempre victimizable por el *ius puniendi*, de tal suerte que la implacabilidad o la impiedad de sus actos deja de ser un obstáculo para que se integre a una vida carcelaria con pleno ejercicio de derechos. Realmente sólo faltaría añadir que su perspectiva se sustenta en la inequidad y en la desproporcionalidad de las acciones: no es lo mismo que un individuo asesine a otro a que la maquinaria del estado acabe con un individuo. Para ellos el asesino no debe morir, el vejador no debe sufrir vejación alguna, porque sería inaceptable infligírsela dada su condición de persona, en forma deliberada y calculada. Al contrario, lo que hay que hacer es insertar al asesino en programas edificantes de reconstitución de su conducta. Esto es quizá lo que podríamos llamar la ‘paradoja de los abolicionistas, y todos sabemos que si nos las habemos con una paradoja, es porque estamos en presencia de alguna clase de contradicción.

Desde nuestra perspectiva, queda claro que la ejecución del perpetrador letal o el vejador despiadado, es lo único que puede respaldar la idea de que la vida no puede ser vulnerada impunemente consagrando la inequidad y tutelándola en el responsable de acciones moralmente repugnantes. Es inadmisibles defender un derecho por antonomasia sin exigir la máxima penalidad para el que no honró en el otro precisamente ese principio humanitario al que tanta importancia confiere Jescheck.

En este sentido, es importante hacer énfasis en que aducir valores humanitarios como la indulgencia, la benevolencia, la conmiseración, la solidaridad y el altruismo no pueden traducirse en una pérdida de perspectiva de que la exigencia de equidad en la impartición de justicia en tratándose de crímenes atroces, no permite concesión de prerrogativas al responsable jurídico. Más aún: la aplicación legítima de estos términos exige que se apliquen de manera sistemática y ¿de qué clase de conmiseración hablamos cuando el

perpetrador no tuvo conmiseración alguna con su víctima? En verdad, el abolicionista es semánticamente incoherente.

Es evidente que se puede ser indulgente o comprensivo con el que robó bajo condiciones de necesidad extrema, con el que se defendió de una agresión o una falta grave a su sentido del honor<sup>89</sup>, con el que incurrió en una infracción resarcible, pero ¿cómo se puede deliberadamente ser indulgente con quien premeditadamente, por lucro o por perversión, terminó con una vida, mutiló e infligió un trato brutal a su víctima, violó a un menor o a un tercero para satisfacer su bestialidad, o bien causó indiscriminadamente la muerte de personas inocentes? Una y otra vez nos topamos con la idea de que hay una incoherencia lógica en el abolicionismo. Lo que resulta infranqueable para un criterio de indulgencia, es el hecho de que haya certeza judicial de que alguien socavó irremisiblemente la integridad de otro, aprovechando para ello una condición de indefensión o de impotencia de quien queda caracterizado como su víctima. No se advierte en tales casos ni un ápice de bonhomía por parte del agente criminógeno. Lejos de ello, se evidencia un comportamiento inexorable en su acción deletérea, que hace aberrante pensar en garantizar su vida bajo cualquier expediente de presunta rehabilitación, como ya se ha aducido ¿Qué sentido tendría entonces la indulgencia sino prohijar la impunidad? Esto es algo que el abolicionismo, como muchas otras cosas que se han expuesto, ni siquiera se plantea.

## **2.27. El crimen atroz meritorio de pena capital no se restringe al asesinato.**

Cabe decir que del análisis efectuado de la pena capital que aquí hemos efectuado podemos deducir que ésta no sólo compete al castigo del asesinato en tanto acto doloso y antijurídico, sino que incide en todos aquellos crímenes que lesionan de modo severo, vejatorio y definitivo la estima y el equilibrio psíquico de un individuo, en virtud de haberle causado una experiencia traumática indeleble. Ninguna comunidad, bajo el paradigma de virtud cívica referido, debe renunciar a la tipificación de las conductas imperdonables, pues hacerlo obrará siempre en detrimento de su fortaleza colectiva, de su cohesión social: se introduciría un aspecto moralmente contradictorio en su sistema de justicia, al no ejecutar al individuo artero en grado máximo al orden axiológico sustentante de su coexistencia viable y armónica. Se daría, en suma, una definición incongruente de la expectativa de conducta social decorosa y respetuosa de lo que ontológicamente los otros representan. Porque sin duda la inconclusividad de la justicia en los escenarios delictivos repulsivos, suscitará el sentimiento entre

---

<sup>89</sup> Jovellanos, Melchor Gaspar, *El delincuente honrado*, Rincón Castellano, Biblioteca Virtual, (on line), Acto I, Escena III. Torcuato recién ha celebrado esponsales con Laura, la viuda del marqués de Montilla, a quien aquél mató en duelo. En la legislación de la época ello estaba tipificado como delito. Anselmo, su confidente, le dice: “¡Ay, Torcuato!, el dolor te enajena y te hace delirar. ¿Qué quiere decir ‘mi delito, mi perfidia, mis engaños’? ¿Acaso lo que has hecho merece esos nombres? Es verdad que has muerto al marqués de Montilla; pero lo hiciste insultado, provocado y precisado a defender tu honor”. El desenlace es afortunado, al obtener Torcuato como reo de la justicia el indulto del rey.

los ciudadanos sensatos y juiciosos de que hay una protección ominosa al perpetrador, sin que se dé una justificación lógica que satisfaga al sufrimiento y a la indignación de los que directa o indirectamente padecen las consecuencias de tales actos brutales.

Hemos visto que incluso para un emblema abolicionista como Beccaria<sup>90</sup>, hay reos cuya nocividad para la vida colectiva es de tal magnitud que se justifica su ejecución por el poder público. Es decir, el merecimiento de la pena capital por parte de un agente criminógeno deliberado no se restringe al asesinato o a la vejación sexual de un menor, por ejemplo, sino que puede entrañar formas de lesividad social como la sedición con actos terroristas no necesariamente contra personas, pero sí contra instalaciones estratégicas de abasto o la traición a la fe pública hecha por algún alto funcionario que socave la estabilidad económica de una nación, o que induzca a menoscabar gravemente sus principios de prosperidad o buena convivencia. La sistematización jurídica de tales tipologías delictivas corresponde hacerla a cada comunidad en cuestión, de acuerdo con lo que le resulte intolerable contra sus intereses fundamentales.

## **2.28. La falacia de la fatalidad de un poder público ominoso.**

Es evidente que una sociedad sin solidez ética incurrirá en desvirtuamientos como los ya señalados en los autores que hemos examinado. Debemos ahora analizar lo que constituye una aseveración gratuita, a saber, que habría una fatalidad misteriosa que sentenciaría por algún designio inescrutable a todo sistema de justicia a sucumbir al error imputativo o a la connivencia del poder público. Esto es lo que distintos abolicionistas examinados en este trabajo sustentan, a saber: Voltaire, Camus, Bobbio y Bedau principalmente, cuyos argumentos en este sentido sirven de soporte a las políticas de Naciones Unidas y organizaciones no gubernamentales que reproducen el dogma del reo aplastado por un sistema de justicia anónimo y cruel. Desde esta perspectiva, sólo existe la sociedad defectuosa, los hombres son incapaces de actuar con consistencia moral y distinguirse por su virtud cívica, es decir, por la honorabilidad en sus relaciones con sus pares. Esta dogmática fatalista es la justificación de la inoperancia para solapar al criminal implacable, y está directamente vinculada a modelos sociales mezquinos, sin altruismo, sin equilibrio educativo y económico, sin orgullo de pertenencia a una comunidad apta para la defensa de sus valores indeclinables, donde debiese ser el propio ámbito colectivo el bastión de vigilancia efectiva contra los virulentos y los amenazantes; es decir, el que convirtiese a tales sujetos lesivos en una anomalía, en lugar de las inveteradas estrategias policiales obsoletas y de connivencia con los propios perpetradores criminógenos.

---

<sup>90</sup> Op. cit., p. 160.

## 2.29. Reflexión final.

A manera de conclusión capitular, puede afirmarse que los principios de equidad y de proporcionalidad inherentes a la justicia retributiva exigen un modelo social donde la probidad y la dignidad de la vida en sus distintos aspectos se muestren como los valores irrenunciables y garantes de inexorabilidad judicial frente al crimen letal, virulento o sañoso. Es por ello que la pena capital es un castigo que supone la valentía y la civilidad necesarias para honrar la integridad de todo semejante que no se conduzca en forma lesiva o amenazante respecto de otras personas. Al respecto, a guisa de puntualización pertinente, me remito al siguiente texto de Michael Walzer:

“A fin de gozar de autorrespeto, debemos creer que somos capaces de estar a la altura, y tenemos que aceptar la responsabilidad por los actos de estar a la altura o no estarlo. Por consiguiente, el autorrespeto depende de un valor más profundo que yo llamaré ‘autoposesión’: el ser dueño no del propio cuerpo sino del carácter, las cualidades y los actos propios. La ciudadanía es una modalidad de la autoposesión. Nos consideramos a nosotros mismos responsables y somos considerados responsables por nuestros conciudadanos. De esta mutua consideración se derivan la posibilidad del autorrespeto y la del honor público”<sup>91</sup>.

Es decir, la coexistencia entre quienes se definan como ciudadanos, no es escindible de la obligación de llevar una vida honesta. Nuestra propia Carta Magna lo estipula así<sup>92</sup>. Si una comunidad de individuos honestos se descarta como viable a priori – que es lo que el abolicionismo hace - pues entonces no hay sencillamente sistema judicial que sea concebible como eficiente y elucidador del delito de manera inequívoca. Por ende, no es que la pena capital constituya un retroceso en la idea de justicia; contrario a esto, es la sociedad la que no está a la altura moral para su ejercicio adecuado e irrefutable pericialmente. Es entonces el abolicionismo que hoy campea por sus reales en tales sociedades venales, el reducto del solapamiento a la vulneración brutal contra las víctimas inocentes, pues exonera de la cancelación de todo derecho al que se revela despiadado en sus actos delictivos. Fomenta el que este tipo de criminales virulentos gocen de las prerrogativas que la ley debe otorgar a todo interno, como se denomina hoy técnicamente al recluso. Y todo en el nombre del dogma del desaseo judicial, que a fin de cuentas no es sino la consecuencia de un modelo social desgajado y sin virtud cívica, sin altruismo, sin solidaridad y sin destino colectivo. Es decir, el abolicionismo prospera donde no se cumplen condiciones judiciales viables que garanticen el castigo fundamentado al infractor.

<sup>91</sup> Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, FCE, 1993, p.289.

<sup>92</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Art 34, II, donde se estipula como requisito de ciudadanía, “tener un modo honesto de vivir”.

## CAPITULO 3.

### 3. La posición utilitarista en relación con la pena capital.

Una perspectiva que ha ejercido un peso específico en el debate ético sobre la pena de muerte es la representada por el utilitarismo. La complejidad de sus argumentos – que conlleva en alguna de sus vertientes una estrategia penitenciaria bien definida y una idea sobre el sentido social del reo – conduce a planteamientos antagónicos e irreconciliables entre sus defensores más prominentes. Ahora bien, lo fundamental para los fines de nuestra exposición es que se trata de una teoría ética – a diferencia del abolicionismo en boga que carece de ella – con un concepto meridiano del bienestar colectivo; asimismo, se advierte una preocupación por la observancia de derechos y un pragmatismo político irrecusable que se deriva de sus propios principios.

La pena capital queda encuadrada en el contexto del utilitarismo como un castigo cuya valoración no puede sustraerse a la noción de beneficio social. El enfoque es, pues, esencialmente teleológico. Es por ello que no es posible soslayar la postura defendida hasta aquí de la pena capital como un castigo elucidable a partir de la ética de la justicia retributiva. Estamos pues, *prima facie*, frente a un claro conflicto de posiciones. Lo que la tesis esgrimida en este trabajo ha dejado asentado es que la punición extrema vale *per se*, independientemente de las consideraciones de índole contingente que se aduzcan, y que antes que nada mantiene el rigor moral de honrar a la persona vulnerada injustamente en su integridad ontológica. Lo que aquí me propongo intentar dilucidar es si el utilitarismo respeta o no tal exigencia *stricto sensu*, o si no más bien entra en conflicto con ella.

Si el utilitarismo es sustantivamente una teoría ética, resulta entonces prioritario antes de abordar su perspectiva de la pena capital examinar en qué consiste. Para empezar, valdría la pena considerar la así llamada ‘Prueba de Mill’ (Mill’s proof), que consiste en valerse de la evidencia de que puesto que “...each person...desires his own happiness...each person’s happiness is a good to that person, and the general happiness, therefore, a good to the aggregate of persons”<sup>1</sup>. El principio parece implicar entonces que la verdadera felicidad trasciende al individuo *i.e.*, la felicidad individual, y sólo encuentra su cabal realización en la dicha comunitaria. No tendría mayor sentido pretender restringir el estado de satisfacción a casos aislados en el seno de una colectividad, pues el potencial encono multitudinario en contra de los pocos favorecidos, bastaría para mostrar que dicha situación es inmoral. La redención de la existencia debe ser

---

<sup>1</sup> Mill, Stuart John, *Utilitarianism*, Chapter 4, “Of what sort of Proof the Principle of Utility is Susceptible”, Tercer Párrafo, versión en línea BLTC: “cada persona...desea su propia felicidad...la felicidad de cada persona es un bien para dicha persona, y la felicidad general, por consiguiente, un bien para el agregado de personas”.

colectiva. Obviamente, subyace en esta concepción el principio fundamental de que todos valen por uno. Esto será de consecuencias importantes.

### 3.1. El concepto utilitarista de felicidad.

La visión utilitarista de la felicidad es claramente hedonista. John Stuart Mill de manera explícita asevera que “by happiness is intended pleasure, and the absence of pain; by unhappiness pain, and the privation of pleasure”<sup>2</sup>. Definiciones similares son las que establecen Jeremy Bentham<sup>3</sup> y Henry Sidgwick<sup>4</sup>. Aquí aparece un primer problema esencial, a saber: qué clase de placeres hay que procurar. El hedonismo de Mill, sin embargo, es algo que tiene que ser matizado cuidadosamente, puesto que él es el primero en marcar la distinción entre placeres elevados y placeres abyectos: “It is better to be a human dissatisfied than a pig satisfied; better to be Socrates dissatisfied than a fool satisfied”<sup>5</sup>. Para Bentham, en cambio, la intensidad del placer es uno de los aspectos que determinan su preferibilidad<sup>6</sup>. Y hay otros criterios para medir la calidad del placer, como su fecundidad (que le sucedan sensaciones afines) y su pureza (que no esté mezclado con sensaciones antagónicas)<sup>7</sup>.

Un hilo conductor en tales planteamientos es que los placeres, para justificar su práctica, requieren una jerarquización, y en ese sentido la idea de felicidad no puede quedar desvinculada de la templanza y la sensatez en el goce. Así, el decoro en la conducta, el refinamiento en el pensamiento, y eso que *latu sensu* pudiera estimarse como el disfrute estético de la vida, pudieran ser una aspiración utilitarista de una buena existencia. Ahora bien, quiero decir que nada de esto parecería contraponerse a la depuración hedonista esgrimida por los señeros autores utilitaristas aquí referidos. Así, vivir humanamente debe sustentarse en condiciones sociales que garanticen tales exigencias vitales, como

<sup>2</sup> Ibid, Chapter, 2, “What Utilitarianism is”, Segundo Párrafo: “por felicidad se pretende el placer y la ausencia de dolor; por infelicidad el dolor y la privación de placer”.

<sup>3</sup> Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1781, Chapter 1, I, “Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do as well as to determine what we shall do. On the one hand, the standard of right and wrong, on the other the chain of causes and effects, are fastened to their throne.” (“La naturaleza ha colocado a la humanidad bajo el gobierno de dos amos soberanos. Sólo a ellos corresponde señalar así como determinar qué hemos de hacer”. Por una parte, la medida de lo correcto y lo erróneo, y por la otra la cadena de las causas y los efectos están atadas a su trono”).

<sup>4</sup> Sidgwick, Henry, *The Methods of Ethics*, The University of Chicago Press, 1962, p. 40., “view that volition is always determined by pleasures or pains actual or prospective”. (“idea de que la volición está siempre determinada por placeres o dolores, reales o prospectivos”).

<sup>5</sup> Mill, Stuart John, op.cit., Chapter 2, Séptimo Párrafo: “Es mejor ser un ser humano insatisfecho que un cerdo satisfecho; mejor ser Sócrates insatisfecho que un tonto satisfecho”.

<sup>6</sup> Bentham, Jeremy, op.cit., Chapter IV, “Value of a lot of pleasure or pain, how to be measured”, II, “To a person considered by himself, the value of a pleasure or pain considered by itself, will be greater or less, according to the four following circumstances: 1. Its intensity; 2. Its duration; 3. Its certainty or uncertainty; 4. Its propinquity or remoteness. ( “Para una persona considerada por sí misma, el valor del placer o el dolor considerado por sí mismo será mayor o menor de acuerdo a las cuatro circunstancias siguientes: 1. Su intensidad; 2. Su duración; 3. Su certeza o incertidumbre, 4. Su cercanía o lejanía”).

<sup>7</sup> Ibid, III. re., definiciones de “fecundidad” y “pureza” (fecundity, purity) en relación con el placer.

la propiedad, la seguridad y el bienestar, por ejemplo. La tesis estriba en que la vida debe transcurrir preferentemente sin sufrimiento o desdicha, algo que como visión general de un sentido existencial es fácilmente suscribible, pues de lo que se habla es del refinamiento de los placer.

### 3.1.1. La salvaguarda del bienestar común.

Independientemente de la discrepancia teórica que en relación con la felicidad pueda prevalecer entre los utilitaristas, lo que para nosotros es importante destacar es que lo placentero, concíbesele como se le conciba, no puede ser aceptable si perjudica a terceros. El precepto que ha de observarse es el de que ningún placer individual –sea sublime o no, según nuestras jerarquías axiológicas– es moralmente bueno si se logra a expensas del sufrimiento de otro o conlleve coacción sobre su voluntad. Esto da pábulo a una concepción del poder público como una instancia de justicia que no interfiere con la libertad de los ámbitos de civilidad, salvo cuando el beneficio de algún individuo represente lesividad para los demás:

“The only purpose for which power can rightfully be exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not sufficient warrant”<sup>8</sup>.

Aquí está involucrado un principio crucial del utilitarismo, a saber, que ninguna persona puede o tiene derecho a someter al imperio de su voluntad y de su interés a otros miembros de la comunidad en la que se desenvuelve, siendo la misión de un gobierno legítimo precisamente impedirlo. Desde esta perspectiva, resulta inadmisibile *stricto sensu* que el poder, la riqueza o cualquier otro medio de fuerza personal, prevalezcan arbitrariamente sobre el bienestar común. Ahora ¿cómo se mide dicho bienestar y cómo se inserta la cuestión de la pena de muerte en este contexto discursivo?

Considerando lo anterior – y su lógica parece irrechazable - no podría admitirse tutela alguna de la vida de quien con su acción deletérea e implacable infligiese sufrimiento agónico y cruel a un inocente. Si el principio utilitarista consiste en no aceptar la vida como dolor en la interacción entre individuos, quien niegue la felicidad a otro mediante su acto criminal - en los casos de daño irreversible -, no podría pretender gozar de prerrogativa alguna. Y de hecho, la posición utilitarista respecto de la pena capital es – como veremos - en términos generales favorable a su impartición. Esto está planteado en forma elocuente e inequívoca en el célebre discurso de Mill a favor de la pena capital ante el Parlamento Británico:

---

<sup>8</sup> Mill, Stuart John, *On Liberty*, Chapter 1 Introductory, Párrafo Noveno, versión en línea BLTC: “El único propósito por el cual el poder puede ejercerse correctamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es para prevenir un daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es suficiente garantía”.

“I confess it appears to me that to deprive the criminal of the life of which he has proved himself to be unworthy, solemnly to blot him out from the fellowship of mankind and from the catalogue of the living, is the most appropriate as it is certainly the most impressive mode in which society can attach to so great a crime the penal consequences which for the security of life it is indispensable to annex to it.”<sup>9</sup>

Para él, como se infiere del texto, la pena capital restituye la estabilidad comunitaria quebrantada por los delitos repudiables del criminal altamente lesivo. Asimismo, juzga a este castigo el método disuasivo menos cruel en tratándose de actos atroces contra la vida.<sup>10</sup> En la tesis sustentada por mí, como ya ha sido de sobra expuesto en los capítulos previos, el efecto disuasivo de la pena capital no es esencial a su carácter ético. Sin embargo, resulta muy interesante en este contexto, el que Mill sostenga que hay mucho más crueldad en someter a un reo a trabajos forzados de por vida que ejecutarlo (en tiempos como los suyos en los que el derecho penitenciario no estaba ni siquiera bosquejado, y mucho menos definido como eminentemente rehabilitador).

### 3.1.2. La tensión entre el placer privado y el placer general.

El utilitarismo, como era de esperarse, no puede sustraerse a la tensión entre el bienestar individual y el colectivo en los distintos ámbitos de la vida, algo que Sidgwick resalta en detalle<sup>11</sup>. En verdad, siempre existe el riesgo de lo que Mill denomina “la tiranía de la mayoría” (“the tyranny of the majority”<sup>12</sup>), que en una democracia representativa de estilo contemporáneo puede fácilmente traducirse

<sup>9</sup> Mill, Stuart John, *Mill on Capital Punishment*, discurso pronunciado ante el Parlamento Británico el 21 de abril de 1868, online Criminal Justice Degree, renglones 15-17: “Confieso que me parece que privar al criminal de la vida de la que ha demostrado ser indigno, extirparlo solemnemente de la fraternidad de la humanidad y del catálogo de los vivos, es lo más apropiado y es ciertamente el modo más impresionante en el que la sociedad puede adscribir a un crimen tan grande las consecuencias penales que para la seguridad de la vida es indispensable anexarle.”

<sup>10</sup> Ibid, renglones 18-19.

<sup>11</sup> Sidgwick, Henry, op.cit., p.165. “...it does not follow that any rational egoist individual will always be on the side of order in any existing community”. (“no se sigue que un individuo egoísta y racional estará siempre del lado del orden en toda comunidad existente”).

<sup>12</sup> Mill, Stuart John, *On Liberty*, Chapter I, Introductory, Tercer Párrafo, version en línea BLTC: “The will of the people, moreover practically means the will of the most numerous or the most active part of the people; the majority, of those who succeed in making themselves accepted as the majority; the people consequently, may desire to oppress a part of their number; and precautions are as much needed against this, as against any other abuse of power. The limitation, therefore, of the power of government over individuals, loses none of its importance when the holders of power are regularly accountable to the community, that is, to the strongest party therein...the tyranny of the majority is now generally included among the evils against which society requires to be on its guard.” (“La voluntad del pueblo, además, prácticamente significa la voluntad de los más numerosos o la parte más activa del pueblo; la mayoría o aquellos que logran hacerse aceptados como la mayoría; el pueblo, consecuentemente, puede desear oprimir a una parte de su número, y resultan muy necesarias las precauciones contra esto, como contra cualquier abuso del poder. La limitación, por ende, del poder del gobierno sobre los individuos no pierde nada de su importancia cuando los que mantienen dicho poder responden regularmente a la comunidad, es decir, a la parte más fuerte de ella...la tiranía de la mayoría se incluye generalmente ahora entre los males contra los que la sociedad requiere estar en guardia”).

en una especie de corporativismo parlamentario, o tomar cuerpo en decisiones gubernamentales que abiertamente operan en detrimento de las minorías. Y lo mismo puede afirmarse de otros escenarios interactivos, donde la unanimidad visceral o la inclinación generalizada emotiva obnubilan el razonamiento individual. Esto es importante para los propósitos de nuestra exposición, en virtud de que la vida individual está protegida desde la perspectiva utilitarista como un valor que no admite socavamiento, y en este sentido la conclusión lleva a la negación ontológica del perpetrador. Empero, los argumentos del utilitarismo en favor de la pena capital que se discutirán más adelante, son divergentes de la posición aquí sustentada, pues en la presente tesis no es la utilidad del castigo como un aspecto disuasivo del crimen atroz, por ejemplo, lo que constituye la médula del razonamiento a favor de la pena capital, sino los principios de equidad y proporcionalidad en el no ejercicio o anulación de derecho al infractor abominable.

### 3.1.3. Principios éticos indeclinables.

Mill estipula de manera explícita que “happiness is not an abstract idea, but a concrete whole”<sup>13</sup>. Esto plantea la exigencia de encontrar un ámbito de referencia axiológica que oriente el interés individual hacia los fines colectivos. Por ejemplo, hay imperativos en la conducta que no pueden omitirse en una sociedad adecuadamente conformada. No es admisible traicionar nuestra buena fe y las expectativas que la misma suscite en los demás (“break faith...or disappoint expectations raised by our own conduct”<sup>14</sup>), ni tampoco puede ser consistente con un principio universal de justicia menoscabar la idea de “imparcialidad”<sup>15</sup>, a la que se encuentra vinculada la de “equidad” (“equal protection to the rights of all”<sup>16</sup>). Por eso Mill resalta la importancia para el desarrollo social de una “moralidad utilitarista” (“utilitarian morality”<sup>17</sup>) inculcada en el individuo bajo la forma de “sentimientos conscientes de humanidad” (“conscientious feelings of mankind”<sup>18</sup>), de la educación y de las “influencias de la civilización progresista” (“influences of advancing civilisation”<sup>19</sup>); esto en virtud de que nada en la experiencia personal -desde su perspectiva- avala ninguna forma de innatismo moral<sup>20</sup>. De ahí que si tal innatismo queda descartado, entonces el único recurso

<sup>13</sup> Mill, Stuart John, *Utilitarianism*, Chapter 4, Of what sort of Proof the Principle of Utility is Susceptible, Sexto Párrafo, versión en línea BLTC: “la felicidad no es una idea abstracta, sino un todo concreto”.

<sup>14</sup> Ibid, Chapter 5, On the Connection of Justice and Utility, Sexto Párrafo: “quebrantar la fe...o decepcionar las expectativas gestadas por nuestra propia conducta”.

<sup>15</sup> Ibid, Chapter 5, On the Connection of Justice and Utility, Séptimo Párrafo.

<sup>16</sup> Ibid, Chapter 5, On the Connection of Justice and Utility, Octavo Párrafo: “igual protección a los derechos de todos”.

<sup>17</sup> Ibid, Chapter 2, What Utilitarianism is, Vigésimo Párrafo.

<sup>18</sup> Ibid, Chapter 3, Of the Ultimate Sanction of the Principle of Utility, Quinto Párrafo.

<sup>19</sup> Ibid. Chapter 3, Of the Ultimate Sanction of the Principle of Utility, Noveno Párrafo.

<sup>20</sup> Nota: No es el tema del presente trabajo la discusión entre innatismo o empirismo axiológico; de hecho un innatista bien podría defender también la pena capital. Lo importante para los fines de esta tesis es elucidar la postura moral del utilitarismo y sus argumentos a partir de la misma, en relación con dicho castigo extremo.

ha de ser la persuasión formativa para inculcar un principio de obligación de no lesividad criminal hacia los otros; es decir, para fomentar un discernimiento depurado que permita orientar la conducta colectiva hacia determinados logros civilizatorios y de respeto humanista a la dignidad de los otros<sup>21</sup>. El único criterio, la única forma de verificar que ello ha de ser aceptado y procurado sería el deseo compartido de que así acaezcan las cosas en la sociedad. Mill lo expresa inequívocamente: "...the sole evidence it is possible to produce that anything is desirable, is that people do actually desire it"<sup>22</sup>.

Se entiende que en una comunidad con discernimiento y civilidad, donde la virtud cívica como no lesividad ilegal respecto de los otros constituya un paradigma generalizado de conducta, tal deseo o conjunto de deseos para una felicidad social, no estarán orientados a ejercitar la crueldad o la barbarie, ni al exterminio u hostigamiento de minorías (de la índole que sea: sexual, religiosa, política, artística, etc.). Con esto la ética utilitarista delimita tajantemente su origen, que no es otro que el bienestar del individuo multiplicado por el de todos. Como se ha visto, tal bienestar puede refinarse a partir de lo que tal "refinamiento" signifique en una comunidad específica, pero no impugnarse. La razón es que, de acuerdo con los utilitaristas, hay una conexión inquebrantable entre los conceptos de placer y de bien moral.

La concepción hedonista de la vida colectiva en la perspectiva expuesta, va a llevar a conclusiones en materia de pena capital que subordinan el problema estrictamente ético que tal castigo resuelve, a criterios justificatorios sustentados en la fuerza inhibitoria de la sanción en materia delictiva: es con la pena máxima que se resolvería un dolor social que el crimen inflige. En este punto, sostengo que el planteamiento utilitarista es moralmente inconsistente, porque parecería que habría que inferir que si el castigo máximo no inhibiese a otros criminales de perpetrar actos atroces, entonces habría que suprimirlo. Esto no se sostiene. El castigo vale moralmente en sí mismo, en virtud de que cancela todo derecho al perpetrador atroz por medio de la ejecución legal del mismo, no por sus potenciales secuelas de probable beneficio social.

La idea moral de castigo permite refrendar la equidad y la proporcionalidad en el ejercicio de la justicia, en tanto que la idea calculadora del mismo es coyuntural y aleatoria, puede tener efectos benéficos o no dependiendo del tipo de sociedad que se tenga. Ahora bien, es pertinente aquí elucidar que este refrendamiento de los principios de equidad y proporcionalidad en la justicia, es algo que tiene que ver con nuestra aceptación de que tales principios son admisibles o válidos en sí mismos, y además sin ellos la impunidad y por ende la

---

<sup>21</sup>Mulgan Tim, *Understanding Utilitarianism*, Acumen Publishing Limited, 2007, p. 71: "This is clear with Mill himself. His competent judge does not make certain pleasures valuable, he merely guides us to the best pleasures". ("Esto es claro con el propio Mill. Su juicio competente no hace a ciertos placeres valiosos, él simplemente nos guía hacia los placeres óptimos".)

<sup>22</sup>Mill, Stuart John, *Utilitarianism*, Chapter 4, Of What Sort of Proof the Principle of Utility is Susceptible, Tercer Párrafo, versión en línea BLTC: "...la única evidencia que es posible presentar de que algo es deseable, es que la gente realmente lo desee".

protección al criminal implacable se impondrían como una práctica judicial inaceptable. Así razonamos que debe regirse nuestra vida colectiva y ello nos parece incontestable. Defender lo contrario sería argumentar en favor de la inequidad y la desproporcionalidad, como hace el abolicionismo al tutelar la vida del criminal atroz.

### 3.1.4. La crítica de Sidgwick al intuicionismo moral.

Si la evidencia de una determinada construcción de principios éticos estriba en que se trata de “intuiciones morales” (“moral intuitions”<sup>23</sup>), como señala Sidgwick, otro importante utilitarista ¿Cómo podríamos tener certeza de que éstas no responden más bien a impulsos o emociones de otra naturaleza? ¿Qué clase de garantía se nos está ofreciendo en un caso como éste, en el que es la subjetividad lo que se expresa?

Nuestra respuesta es que nuestro sentido del deber en nuestra conducta pública es indisociable de lo que nosotros en la construcción del discurso moral en la interlocución con nuestros semejantes, determinamos como no lesivo ni vejatorio, y es sobre esto que debe buscarse el consenso y volverlo ley. Por ende, al margen de la discrepancia o las divergencias que pueda haber respecto de las fuentes de la felicidad -algunas más “espirituales” que otras en la privacidad de cada quien-<sup>24</sup>, el afán de preconizar una ética de índole racional, o cuando menos la aspiración a tal resultado, no admite en nuestra perspectiva la postulación de intuiciones a guisa de imperativos de conducta vinculados a la emotividad del sujeto, como arguye Sidgwick:

“...experience leads me to regard men as often liable to confound with moral intuitions other states or acts of mind essentially different from them –blind impulses to certain kinds of actions, or vague sentiments of preference for them, or conclusions from rapid and half-unconscious processes of reasoning...apparently self-evident judgements”<sup>25</sup>.

Lo que Sidgwick arguye, en última instancia, es que nuestras intuiciones morales tienen un vínculo recurrente con nuestros sentimientos. El problema es que aquí

<sup>23</sup> Op.cit., p.211.

<sup>24</sup> Op.cit., p.158 : “The Hedonistic method cannot be freed from inexactness and uncertainty by appealing the judgements of common sense respecting the sources of happiness”. (“El método hedonista no puede librarse de inexactitud e incertidumbre apelando a juicios de sentido común respecto de las fuentes de la felicidad”). Sidgwick tiene en mente aquí el disenso de las minorías, con lo que se establece que la unanimidad en cuanto a las fuentes de la felicidad no es empíricamente constatable. Y precisamente de lo que el utilitarismo habla es de la construcción de una axiología social a partir del deseo.

<sup>25</sup> Op.cit., pp. 211–212: “...la experiencia me conduce a considerar a los hombres a menudo sujetos a confundir con intuiciones morales otros estados o actos de la mente esencialmente diferentes de ellas: impulsos ciegos a ciertas clases de acciones o vagos sentimientos de preferencia por los mismos, o conclusiones de procesos de razonamientos rápidos y semi-inconscientes...aparentemente juicios evidentes de suyo”.

se dan todas las combinaciones posibles. Pudiese pensarse aquí, por ejemplo, en el sentimiento de indignación ante el ultraje o la impotencia que el crimen impone en las víctimas inocentes, etc. Esto es ciertamente parte de nuestra conformación como individuos. Empero, para nosotros hay un principio ético de no lesividad hacia la integridad ontológica de un inocente que permite una adecuada concepción de la justicia, pues conlleva el no admitir derechos a quien lo quebranta, y que no depende ya de ninguna noción de emotividad. Esto es algo que Sidgwick no aborda en absoluto.

La justicia no es, por lo tanto, un asunto de inclinación intuitiva hacia tal o cual penalidad a partir del encono, la rabia o alguna otra emoción de quien haya sufrido una vejación o de los que la reprobren. La justicia como construcción racional inobjetable tiene que ver –y es lo que se ha esgrimido en el presente trabajo– con la equidad y la proporcionalidad en la imposición del castigo. Sin esto sería impensable la denegación de derechos al perpetrador atroz, considerando que éste los ha anulado en la víctima inocente sin reparo alguno. Por ende, no es gratuito afirmar aquí que la nuestra es una postura ética inobjetable, en virtud de que argumentar en contra es solapar la impunidad.

### **3.2. El deseo de castigar como sentimiento espontáneo y la noción de pena capital como defensa colectiva frente al crimen.**

Una vez hechas las elucidaciones precedentes, abordemos lo que Mill construye como una perspectiva de la justicia a partir de la pena capital, lo que nos permitirá resaltar con claridad una importante vertiente del utilitarismo respecto de este castigo. La tesis de este autor es que la volición punitiva surge respecto de aquél que ha infligido un daño a un tercero (“...the desire to punish a person who has done harm to some individual”<sup>26</sup>). Para él, se trata de una “excrecencia espontánea” (“spontaneous outgrowth”<sup>27</sup>) de los sentimientos de “autodefensa” (“self-defence”) y “simpatía” (“sympathy”)<sup>28</sup>. Ver la vulneración injusta de alguien o su vejación pone en alerta respecto del perpetrador y suscita una inclinación solidaria hacia la víctima. Esto implica “the natural feeling of retaliation or vengeance...applicable to those injuries, that is, to those hurts, which wound us through, or in common with, society at large”<sup>29</sup>.

Es importante lo que aquí se destaca en cuanto a la inclinación de solidaridad hacia la víctima que el crimen suscita, algo que el abolicionismo en

<sup>26</sup> Mill, Stuart John, *Utilitarianism*, Chapter 5, On the Connection between Justice and Utility, Décimo Octavo Párrafo, versión en línea BLTC: “...el deseo de castigar a una persona que ha hecho daño a algún individuo”).

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibid, On the Connection between Justice and Utility, Vigésimo Párrafo: “el sentimiento natural de represalia o venganza...aplicable a aquellos agravios, ello es, a aquellas heridas, que nos lastimarían a fondo o en común con la sociedad en su conjunto”.

boga soslaya por completo. Asimismo, la idea de defensa y de ajuste de cuentas al perpetrador que la atrocidad propicia en una colectividad, es algo que la justicia debe racionalizar creando los mecanismos institucionales efectivos para que el agravio mayúsculo que produce el crimen socialmente imperdonable, encuentre una satisfacción adecuada mediante el castigo contundente. Desde esta perspectiva, el que la ética utilitarista esté investida ineludiblemente de un sentido teleológico, consistente básicamente en promover el bienestar de la mayoría, esto quiere decir que si lo que se busca es actuar moralmente de manera correcta, entonces no se puede actuar en abierto menoscabo de los intereses legítimos de las minorías. La discrepancia entre un interés mayoritario y otro minoritario no puede darse en relación con el acto que socava a la sociedad en su conjunto por su carácter desmesuradamente vejatorio y despiadado. Por consiguiente, cuando Mill vincula una exigencia de defensa comunitaria con la pertinencia del castigo extremo para ciertas acciones intolerablemente perniciosas o deletéreas, está expresando el principio ético de no lesividad aquí esgrimido, y cuyo menoscabo no admite la tutela de la vida del perpetrador.

Sin duda es importante la ponderación y la gradación de los efectos perniciosos de las conductas ilícitas. No es lo mismo robar por hambre que asesinar para despojar a la víctima de sus bienes. Independientemente de ello, una comunidad dichosa en términos de conducta aceptable por consenso básico de garantías de vida cotidiana, no puede permitirse que la voluntad criminal se sobreponga al conjunto. El castigo ha de ser ineludible. Ahora bien, si el castigo debe tener como consecuencia –desde esta perspectiva- impedir la impunidad del perpetrador particularmente lesivo que afecte el bienestar colectivo, los procedimientos judiciales deben ser expeditos y fidedignos para que tal cosa se cumpla. De otra manera, podemos concluir, la burocratización judicial y la turbiedad de los procesos, aunado esto a venalidad y vicios similares, pueden propiciar el linchamiento y la venganza como compensación social ante el hueco de efectividad del poder público. Concordamos con este razonamiento.

Queda, pues, asentado que la inevitable compasión ante la inocencia vulnerada – salvo casos de insensibilidad mórbida - lleva a la exigencia de retribución respecto del perpetrador inmisericorde, y consecuentemente a castigar tal agresión injustificada con la inexorabilidad que éste tuvo al consumir su daño irreparable en otro. En tratándose del crimen atroz no debe presentarse el problema de a cuánto ascendería el castigo que habría que imponer, pues no hay forma de resarcimiento vía penitenciaria o crematística. Es la vida del perpetrador la única restitución equitativa por tal acción abominable.

Es imprescindible que un sistema racional de justicia actúe oportunamente para evitar desenlaces vengativos nacidos de muy explicables sentimientos de animadversión hacia el delincuente. Compete pues al poder público eficiente en la ejecución legal del criminal, impedir que se le asesine estando éste en situación de indefensión ante una multitud enardecida. Y esto es lo que el

abolicionismo en boga omite por completo, pues desde su perspectiva no merece mención siquiera el agravio comunitario que el crimen ocasiona.

Es preciso hacer énfasis en relación con lo anterior, en la importancia de un poder público eficiente en la aplicación de la justicia, es decir, el que cuente con los medios de fuerza para imponerse al crimen en sus distintas modalidades. Porque bajo una lógica utilitarista se podría argüir también que si se ejecuta legalmente a un capo sanguinario y por hacerlo sus esbirros destruyen un pueblo con todos sus habitantes, entonces la acción de ejecutarlo habría sido moralmente mala. La aberración de tal aseveración estriba en que se estaría planteando la disolución de toda solidez y fortaleza institucional. ¿Qué clase de decadencia nacional prevalecería bajo este ejemplo para que la indefensión frente al crimen fuese de tal magnitud? Sencillamente la desaparición del estado, pero entonces sería ocioso hablar de justicia o inclusive de nación. Parece sustentable, entonces, como uno de sus efectos, el que la pena capital ejerce una función de salvaguarda de la sociedad que el poder público debe garantizar, bajo el reconocimiento de que ciertos actos no admiten conmutabilidad por sentencia de compurgación. Esto sin duda constituye un punto de consenso importante, independientemente del membrete que se asigne a la doctrina que lo postule, al que no tenemos problema alguno en sumarnos. Es evidente que uno de los aspectos sustantivos de la tesis expuesta por nosotros, es precisamente la noción de conducta imperdonable, en virtud de que se trasgreden límites de respeto a la dignidad ontológica del otro. Empero, cuando un utilitarista como Mill asevera en forma paralela a su recomendación de la pena capital para crímenes atroces (imperdonables), que con ella se trataría de impedir hasta donde sea factible la posibilidad de una nueva comisión de un acto letal o altamente lesivo, debido a que “it inspires more terror, is less cruel in actual fact than any punishment that we should think of substituting for”<sup>30</sup>, lo que decimos es que esto es por completo aleatorio, aunque coincida con la tesis retributista.

Quizás debiera ahondar en este punto. Lo que yo sostengo es que ante la saña de ciertos infractores, lo procedente moralmente es la nulificación del derecho a la vida, y por ende de todo otro derecho, en lo que respecta al infractor, por criterios de equidad y proporcionalidad en el ejercicio de la justicia. Y ciertamente hay una defensa social en el sentido de no dejar impune a aquél que podría seguir infligiendo un daño grave. No obstante, para mí lo que está en juego no es prioritariamente la protección social, sino la obligación de restitución de equilibrio por la supresión de toda prerrogativa al causante de una acción ontológicamente lesiva e irreversible en una víctima inocente. Mi inclinación a la pena capital es fundamentalmente ética, no sociológica en

---

<sup>30</sup> Mill, Stuart John, *Speech in favor of Capital Punishment*, Ethics Updates en línea. Como utilitarista, Mill considera a la pena de muerte mucho más benigna que una vida penitenciaria miserable en trabajos forzados: “inspira más terror, es menos cruel en el hecho real que cualquier castigo supletorio en el que pudiéramos pensar”.

términos de salvaguarda colectiva ni de intimidación útil para desalentar a futuros perpetradores (que como habremos de ver a continuación, es un argumento clave para Bentham, otro exponente importante del utilitarismo).

### 3.3. Las objeciones de Bentham a la pena capital.

La postura de Bentham en contra de la pena capital reviste una vertiente doble. Como habrá de exponerse, por una parte fustiga los métodos de ejecución del reo como expresiones de inflicción de dolor innecesario, y por el otro aduce la utilidad del trabajo carcelario forzado, independientemente del tipo de infractor de que se trate. Correlativamente aduce la reforma en la conducta de los reclusos como parte esencial de lo que debiesen ser los sistemas penitenciarios, y que hoy encuentra una legislación incumbente al respecto.

Es preciso decir aquí – aunque esto se abordará más adelante - que la depuración ético-técnica de los sistemas penitenciarios constituye un asunto por completo independiente del tema de la pena capital como un problema moral. Un trabajo carcelario forzado como el que preconiza Bentham, por ejemplo, no tiene ni siquiera cabida en el derecho penitenciario internacional vigente – como ya se refirió en el Capítulo 1 -, pues se considera una coacción a la libertad del interno. Pero aun suponiendo que la tuviese, se seguiría incurriendo en inequidad en tratándose de un criminal atroz, pues éste conservaría el derecho a la vida, a la alimentación, al abrigo y al descanso, prerrogativas de las que despojó a su víctima o víctimas. Esta propuesta, por consiguiente, es una propuesta de no castigo cuando se aplica a alguien que merece que se le inflija la pena suprema.

#### 3.3.1. El *ius puniendi* como intimidación y ejemplaridad.

En su obra *The Rationale of Punishment*, Bentham arguye como utilitarista congruente que “pain and pleasure are the great springs of human action”<sup>31</sup>, y que “general prevention ought to be the chief end of punishment, as it is its real justification”<sup>32</sup>. El castigo, “bajo y repugnante” (“base and repugnant”<sup>33</sup>) en sí mismo, justifica su aplicación como un mecanismo eficaz para intimidar al delincuente y sentar un ejemplo poderoso de las consecuencias de violar la norma instaurada. En este sentido, se trata de “an indispensable sacrifice to common safety”<sup>34</sup>. Lo prioritario es el bienestar mayoritario, que puede permanecer vulnerado o menoscabado por determinadas acciones perniciosas de ciertos particulares. Empero, la intimidación no es el único fin que persigue el castigo:

<sup>31</sup>Bentham, Jeremy, *The Rationale of Punishment*, CUWS, Classic Utilitarianism Web Site, Book I, General Principles, Chapter III, Of the Ends of Punishment, Cuarto Párrafo: “dolor y placer son los grandes resortes de la acción humana”.

<sup>32</sup>Ibid, Book I, Chapter III, Noveno Párrafo : “la prevención general debiese ser el fin principal del castigo, en tanto que es su justificación real”.

<sup>33</sup>Ibidem.

<sup>34</sup>Ibidem: “un sacrificio indispensable para la salvaguarda común”.

también están las modalidades de incapacitar (que se concreta en la reclusión) y reformar la conducta delictiva mediante la inflicción de la pena <sup>35</sup>.

Bentham, no obstante, mantiene una postura benevolente en cuanto al tipo de castigo que ha de infligirse y busca privilegiar el de índole pecuniaria, como el resarcimiento más deseable a un tercero afectado por un acto de ilicitud<sup>36</sup>. Y es que para el autor, “punishment, whatever shape it assumes, is an evil”<sup>37</sup>. Independientemente de la admisibilidad del castigo para garantizar que la conducta lesiva no trastorne a la sociedad, el punir a alguien es restarle un bienestar, y por ende alguna forma de placer. Es por ello que en el castigo hay de origen una esencia deplorable, en virtud de que lo que denota es una forma de infelicidad o de displacer. En este punto es menester señalar lo siguiente: el contexto en el que se aplica el razonamiento benthamiano en contra del castigo como originador de sufrimiento físico y psicológico, no es procedente en la conceptualización del derecho penitenciario internacional en vigor. Por otra parte, en la ejecución de un perpetrador atroz – según los conceptos aquí sustentados - no se ha aducido en absoluto pena de ignominia, tortura o vejación que menoscabe su dignidad como persona. Argumentar, en consecuencia, problematizando el sufrimiento del sentenciado como hace Bentham, es tanto como avalar la aspiración moralmente inadmisibles a que éste siga vivo e indemne después de haber vulnerado irreversiblemente la integridad ontológica de un inocente.

### 3.3.2. Importancia de la temperancia en el *ius puniendi*.

Bentham plantea que el castigo es “infructuoso” (unprofitable<sup>38</sup>), cuando “the evil of punishment exceeds the evil of the offense”<sup>39</sup>. El señalamiento es importante para lo que se argumentará después en este Capítulo en la presente tesis, pues ratifica la necesidad de impartición de una justicia temperada e imparcial, cuyo correlato sea la racionalidad de las penas. El ensañamiento judicial al que el autor se refiere no es sino una deformación de lo que debe ser un principio de sensatez y benevolencia judicial. La postura estriba en que no se gana nada castigando, puesto que no se puede deshacer el mal realizado. Lo racional, por lo tanto, no es castigar para desquitarse, sino imponer castigos de manera que se evite la producción de acciones dañinas. A esto creo que podemos responder lo siguiente: nada tiene que ver lo anterior con la exposición efectuada del contexto de ejercicio de la pena capital. El diseño conceptual contemporáneo de la internación carcelaria está orientado a la rehabilitación del recluso para su eventual reintegración a un ámbito comunitario, independientemente de si su acción delictiva lesionó gravemente o no. Ahora bien, aducir que el castigo de

<sup>35</sup> Ibid, Book I, Chapter III, Décimo Párrafo.

<sup>36</sup> Ibid, Book I, Chapter III, Décimo Segundo Párrafo.

<sup>37</sup> Ibid, Book I, Chapter I, General Principles, Segundo Párrafo: “el castigo, cualquier forma que asuma, es un mal”.

<sup>38</sup> Ibid, Book I, Chapter IV, Cases Unmeet for Punishment, iii, Primer Párrafo.

<sup>39</sup> Ibidem: “el mal del castigo excede al mal de la ofensa”.

privación de la vida al perpetrador atroz no resuelve nada o “no gana nada” porque no deshace el mal realizado es una posición falaz. La ejecución de esta suerte de criminal cumple un fin repositivo de equidad y proporcionalidad jurídicos, sin lo cual se promovería la impunidad del acto abominable. Lo racional siempre será justo, al margen de a qué situaciones nos conduzca la impartición racional de la justicia.

### 3.3.3. Importancia intimidatoria del castigo simbólico.

Mucho antes que Bedau – quien entre sus objeciones a la pena capital aduce los presuntos costos que la misma conlleva<sup>40</sup> –, Bentham expone la idea de la economía del castigo, señalando que “a punishment is economic, when the desired effect is produced by the employment of the least possible suffering”<sup>41</sup>. Incluso llega a plantear que una ejecución simbólica, si la misma produce el efecto intimidatorio que es deseable como mecanismo preventivo de delitos, es preferible al castigo real:

“If hanging a man *in effigy*, would produce the same salutary impression of terror upon the minds of the people, it would be folly to or cruelty ever to hang a man *in person*”<sup>42</sup>.

Queda claro que para Bentham un efecto psicológico de gran envergadura en el discernimiento de una comunidad respecto de lo que cabe esperar en caso de perpetrar ciertos actos constituye la esencia del *ius puniendi*. Es la estrategia que debe privilegiarse, pues la efectividad disuasiva es lo prioritario por razones utilitaristas:

“A punishment that appears of greater magnitude in comparison of what it really is, is better than one that appears of less magnitude”<sup>43</sup>.

Aquí se vuelve a evidenciar el malentendido que prevalece sobre la pertinencia moral de la pena capital, pues su aplicación no está vinculada a una estrategia de prevención delictiva a partir de la intimidación que tal o cual sanción pudiesen efectuar en el perpetrador potencial. La inevitabilidad moral de la pena capital surge cuando el hecho imperdonable ya se llevó a cabo, cuando hay una víctima inocente irrecuperable en su condición ontológica previa al acto. Es ahí cuando un sentido congruente de justicia exige no tutelar irrestrictamente la vida del

<sup>40</sup> Véase Capítulo 2 del presente trabajo, **2.4.2. La pena capital no disuade, no es justa, no es equitativa, supone un alto costo.**

<sup>41</sup> Op.cit., Book I, Chapter 5, Expense of Punishment, Tercer Párrafo: “un castigo es económico cuando el efecto deseado es producido por el empleo del mínimo sufrimiento posible”.

<sup>42</sup> Ibid, Décimo Párrafo : “si ahorcar a un hombre *en efigie* produjera la misma impresión salutífera de terror en las mentes de la gente, sería insensato o una crueldad el ahorcar jamás a un hombre *en persona*”.

<sup>43</sup> Ibid, Décimo Sexto Párrafo : “Un castigo que parezca de mayor magnitud en comparación de lo que realmente es, es mejor que uno que parezca de menor magnitud”.

responsable. La restricción primaria a tal tutela reside en la vulneración aviesa e inexorable efectuada en la persona afectada. Por ende, el simulacro de ejecución propuesto por Bentham es una escenificación de impunidad, ¿pues acaso hubo simulacro de ejecución artera de la víctima?

Sin embargo, desde su contexto histórico Bentham exhibe una desconfianza sistemática en los tribunales, por lo que se opone a los castigos extremos en virtud de sus efectos irreversibles, los cuales pueden infligirse como consecuencia de errores judiciales<sup>44</sup>. La tesis es que la falta de certeza en la imputación – un argumento que ya se examinó<sup>45</sup> – estará siempre rondando como una sombra ominosa en todo sistema de justicia posible. Y es aquí que Bentham aborda el tema de la pena capital. Sobre ella señala que es el más irremisible de todos los castigos<sup>46</sup>, es decir, no hay manera de restituir nada en la persona del reo una vez que se le impone. Respecto de esta punición, el análisis de Bentham consiste en determinar si cumple con los requisitos para establecerse como un recurso moralmente aceptable en el tratamiento de la conducta delictiva. De esto pasaré ahora a ocuparme.

### 3.3.4. Importancia de la ejemplaridad y la analogía en crímenes mayores.

Dice el autor que “for great crimes, it is desirable that punishments should be exemplary and analogous. For lesser crimes, the punishments should be inflicted with a greater attention to their frugality, and their tendency to moral reformation”<sup>47</sup>. Considerando *stricto sensu* esta aseveración, se evidencia que para Bentham la orientación judicial del castigo debe ser primeramente la de transformar benignamente la personalidad del infractor, cuando éste no ha perpetrado una acción de gravedad considerable. En este sentido, la finalidad penitenciaria ha de ser la de socialización satisfactoria del condenado; y cabría suponer que pudiera ponderarse el mérito de un comportamiento loable en prisión como un factor de mengua en la propia compurgación. Empero, Bentham no vacila en hablar de ejemplaridad y analogía en el castigo al crimen de alta lesividad. Y esto es importante, porque pone de relieve el hecho de que se admite que hay hechos criminales que no son subsumibles a un tratamiento de rehabilitación sin más. No obstante, Bentham no es capaz de sacar una conclusión ética consistente de ello, pues su visión utilitarista del fin inhibitorio

<sup>44</sup> Ibid, Book I, Chapter VII, Of the Properties to be Given to a Lot of Punishment, xii, Primer Párrafo: “punishment may have been inflicted upon an individual whose innocence is afterwards discovered”. (“un castigo puede haberse infligido a un individuo cuya inocencia se descubra después”).

<sup>45</sup> Véase Capítulo 2 del presente trabajo, **2.21. El merecimiento del castigo debe excluir aspectos no probatorios o no éticos.**

<sup>46</sup> Op.cit. Book I, Chapter VII, Of the Properties to be Given to a Lot of Punishment, xii, Primer Párrafo: “the most perfectly irremissible of any is capital punishment”. (“el más perfectamente irremisible de todos es el castigo capital”).

<sup>47</sup> Ibid, Book I, Chapter VII, xii, Quinto Párrafo: “para grandes crímenes es deseable que los castigos hayan de ser ejemplares y análogos. Para crímenes menores, los castigos debiesen infligirse con una mayor atención a su frugalidad y su tendencia a la reforma moral”.

del castigo se lo impide. Es decir, insiste en lo recomendable de la punición en tanto ésta presuntamente inhibe la conducta delictiva. Esto es por completo aleatorio, como ya hemos apuntado. Habrá criminales a quienes ninguna severidad punitiva los disuada de la comisión de ulteriores atrocidades, y habrá quienes sí detengan sus ilegales actos lesivos. Sin embargo, éste no es el aspecto esencial de la justificación del castigo. El sentido ético de un castigo como la pena capital – que es aquí el tema - no estriba en que abata o no índices delictivos, sino en que suprima toda prerrogativa en el perpetrador y se restituya así un principio de equidad jurídica. En cuanto al concepto de analogía que esgrime Bentham, veremos que esto lo lleva a conclusiones aberrantes en cuanto a preconizar penas de ignominia. Hoy la exposición de un delincuente a la vergüenza pública es algo que nuestra Carta Magna prohíbe y es una noción por completo ajena a los códigos penales de los estados democráticos laicos.

En su definición de analogía, Bentham dice que es “that relation, connection or tie between two objects, whereby the one being present to the mind, the idea of the other is naturally excited”<sup>48</sup>. Obsérvese de paso que más que una caracterización de la analogía parece serlo de procedimientos inductivos: siempre que tengo A tengo B, y no se ha dado el caso hasta ahora de que se dé A y no se dé B. Pero dejemos de lado esta crítica y concentrémonos en su posición. Destaco aquí uno de sus ejemplos, donde recomienda que se utilice en el castigo el mismo instrumento del que se valió el perpetrador para cometer su acción<sup>49</sup>. En los casos de incendiarismo, o inundación deliberada, esto significaría someter al culpable – sin causarle la muerte – a los efectos del fuego o del agua, teniendo siempre en cuenta que el procedimiento no sea irreversible<sup>50</sup>. Por consiguiente, lo que debe perseguirse es que el criminal sea capaz de llevar cabo una reflexión seria sobre la naturaleza del castigo que se le impone<sup>51</sup>. De nuevo, manteniendo su idea del castigo como un mal, lo que debe procurarse es la restitución de una vida benéfica en el infractor. De ahí el método de hacerle sentir controladamente el daño que su acción causó. Nótese, sin embargo, que Bentham determina de un modo diferente el castigo tratándose de envenenamiento inducido en otro. Dice al respecto:

“If the poison administered by the criminal has not proved fatal, he may be made to take an antidote before the penal poison has produced death”<sup>52</sup>.

Lo más curioso de todo, y esto es crucial desde nuestra perspectiva, no se excluye *a priori* la pena capital, en virtud de que se aplica al perpetrador de un crimen

<sup>48</sup> Ibid., Book I, Chapter VIII, Of Analogy between Crimes and Punishments, Primer Párrafo: “esa relación, conexión o vínculo entre dos objetos, donde al estar uno presente en la mente excita la idea del otro de manera natural”.

<sup>49</sup> Ibid., Book I, Chapter VIII, Tercer Párrafo.

<sup>50</sup> Ibid., Book I, Chapter VIII, Of Analogy between Crimes and Punishments, Section 1, Cuarto Párrafo.

<sup>51</sup> Ibid., Book I, Chapter VIII, Section I, Octavo Párrafo: “...is capable of serious reflection upon the nature of the punishment”. (“...es capaz de una seria reflexión sobre la naturaleza del castigo”).

<sup>52</sup> Ibid., Book I, Chapter VIII, Section I, Décimo Párrafo: “Si el veneno administrado por el criminal no probó ser fatal, pudiera obligársele a tomar un antídoto antes de que el veneno penal haya producido su muerte”.

efectuado con “secrecía” (secrecy) y “fría determinación” (cool determination)<sup>53</sup>. Es esto lo que lo vuelve imperdonable, el dolo y la imperturbabilidad con la que se infiere que el delito se cometió. Incluso considera el autor la abreviación del desenlace por estrangulamiento del perpetrador al que se hizo ingerir el veneno, en los casos en los que la muerte de un tercero por este procedimiento criminal se hubiese consumado<sup>54</sup>. Lo que justifica en última instancia este tipo de punición es que se sienta un ejemplo al escarmentar al infractor: “the idea of perishing by the same kind of death which he prepares, is the more frightful for him”<sup>55</sup>. En este tenor, el talión resulta pertinente para instrumentar la analogía punitiva, cuando se trata de “crimes producing irreparable bodily injuries”<sup>56</sup>. Aquí lo procedente es la ablación en el cuerpo del criminal, del miembro que éste vulneró en la víctima como vejación no resarcible<sup>57</sup>. Esto, como veremos, es de primera importancia, pues aunque la conclusión de Bentham sobre la pertinencia de la pena capital es correcta en tratándose de crímenes altamente dolosos y lesivos, exhibe la ceguera moral de su posición, fundada en la limitación que le impone su teoría sobre la utilidad del castigo ejemplar. Hoy resultaría simplemente inaceptable defender con literalidad el talión, pues lo que esto propiciaría sería incurrir en castigos vejatorios en el cuerpo del inculgado.

Causar un daño análogo a la integridad física del criminal – sin importar el acto abominable que haya cometido - es degradar la justicia a un mecanismo de ajuste de cuentas. Si se abandona la templanza y el discernimiento en la inflicción del castigo capital – se trata de ejecutar no de torturar - , lo que parecería que se busca, no es ya el que prevalezca un principio de equidad, sino la agonía y el sufrimiento excesivos del condenado, y esto es algo que nosotros por lo menos no favorecemos. Por consiguiente, lo que se infiere de estas originales – pero moralmente erróneas - ideas de Bentham, es que la atrocidad de ciertos actos exige castigos de severidad análoga, por lo que la pena capital no queda excluida, puesto que se siguen cometiendo asesinatos. El razonamiento de Bentham concerniente a la analogía del castigo no deja de ser extraño, pues sugiere que se imprima en el cuerpo del perpetrador – en casos como homicidio premeditado, violación, daños personales irreparables y robo violento – desde una marca deletable hasta un tatuaje que evoque el embozamiento o el disfraz utilizados en la comisión del delito<sup>58</sup>. Se entiende que lo que se procuraría es causar una pena de ignominia en el culpable, cuya utilidad de nuevo residiría en la ejemplaridad, en suscitar la evocación o el recuerdo intimidatorio entre una comunidad de lo que tal individuo padeció por su acto criminal. Esto es una medida repugnante, pues como ya se arguyó, la ejecución del perpetrador atroz no debe presuponer otra cosa que una cancelación de derechos, no su exhibición

<sup>53</sup> Ibid, Book I, Chapter VIII, Section I, Octavo Párrafo.

<sup>54</sup> Ibid, Book I, Chapter VIII, Section I, Noveno Párrafo.

<sup>55</sup> Ibid, Book I, Chapter VIII, Section I, Octavo Párrafo: “la idea de perecer por la misma clase de muerte que él dispone, es lo más aterrador para él”.

<sup>56</sup> Ibid, Book I, Chapter VIII, Section II, Primer Párrafo: “crímenes que producen heridas corporales irreparables”.

<sup>57</sup> Ibid, Book I, Chapter VIII, Section II, Segundo y Tercer Párrafos.

<sup>58</sup> Ibid, Book I, Chapter VIII, Section IV, Único Párrafo.

afrentosa. La publicidad del momento de la ejecución (defendida por nosotros) no conlleva de ninguna manera una escenificación preliminar del sentenciado en una picota para que la multitud lo increpe a manera de catarsis.

### 3.3.5. La simplicidad del castigo como virtud de la justicia retributiva.

En cuanto a una justicia retributiva, de acuerdo con la cual puede determinarse sin equivocidad un castigo equivalente al daño infligido por un criminal a un tercero, Bentham afirma que “it would very much abridge the labours of the legislators”<sup>59</sup>. Sin duda, el que se pudiese contar con una tabla de correspondencias puntuales entre los distintos tipos de delito y su castigo pertinente, sería un instrumento paradigmático para la expedita impartición de justicia. El problema es que las dificultades de tal modelo son ostensibles, algo que ya Aristóteles y Hegel planteaban<sup>60</sup>. No obstante, lo que estos autores tenían claro es que en el caso del asesinato – como tipo emblemático de crimen atroz - la equivalencia del castigo no revestía ambigüedad. Y precisamente es esto lo que interesa para la presente tesis, a saber, la casuística del crimen atroz e irreparable, que no necesariamente tendría que ceñirse al homicidio doloso, como se ha expuesto.

El matiz conceptual que la presente exposición ha incluido es que la definición de crimen atroz depende de lo que una comunidad no está dispuesta a tolerar como una vejación socavadora de sus valores colectivos. Por ejemplo, un saqueo a su erario, la traición a su soberanía, el daño sexual a sus niños, etc., donde el acto criminal no necesariamente conduce a la muerte de la víctima, pero su lesividad es tal que socava la vida digna y decorosa de manera ostensible y definitiva.

Bentham comenta que “the great merit of the law of retaliation is its simplicity”<sup>61</sup>, plasmado en el lema: “let every offender suffer an evil similar to that which he has inflicted”<sup>62</sup>. Empero, las deficiencias que un sistema semejante de justicia entraña son por una parte su “inflexibilidad” (inflexibility)<sup>63</sup>, y por la otra, que “the class of people among which this mode of punishment is most likely to be popular, are those of a vindictive character”<sup>64</sup>. Esto ciertamente amerita ponderación. En primer lugar hay una contradicción en argumentar que la ejecución de un perpetrador particularmente lesivo como método retributivo de justicia, debiese incluir el atributo de “flexibilidad”.

<sup>59</sup> Ibid, Book I, Chapter IX, Of Retaliation, Primer Párrafo: “abreviaría bastante las labores de los legisladores”.

<sup>60</sup> Véase Capítulo 1 del presente trabajo, **1.18. La perspectiva aristotélica de lo resarcible y lo no resarcible crematísticamente** y **1.19. El concepto de igualdad retributiva en Kant y Hegel**.

<sup>61</sup> Op.cit., Book I, Chapter IX, Of Retaliation, Tercer Párrafo: “el gran mérito de la ley de retribución es su simplicidad”.

<sup>62</sup> Ibidem: “que cada infractor sufra un mal similar al que haya infligido”.

<sup>63</sup> Ibid, Book I, Chapter IX, Décimo Segundo Párrafo.

<sup>64</sup> Ibid, Book I, Chapter IX, Décimo Tercer Párrafo: “la clase de gente entre la cual este modo de castigo es muy factible que sea popular, es la de índole vengativa”.

¿Qué significa aquí el que esta forma de justicia carezca de “flexibilidad”, es que hay la posibilidad para ello? El escenario es: hay un responsable jurídico de un determinado acto abominable, las pruebas son inconfutables, el sujeto gozó de todas sus prerrogativas de defensa legal, la justicia no puede ser sino inflexible, pues toda otra opción conduciría a la impunidad, a conceder la tutela de la vida a quien la despreció deliberadamente en otro, o afectó su integridad gravemente. En segundo lugar, la pena capital no busca concitar la visceralidad de una multitud ciega y vengativa, sino restituir la equidad de condiciones entre el perpetrador y su víctima, como ya se dijo.

Mencionemos que para ilustrar su punto de vista, Bentham hace referencia a Mahoma y a su concepto de justicia retributiva como forma de intimidación que garantiza la seguridad colectiva<sup>65</sup>, lo que en su opinión es un método legislativo notable tan sólo en virtud de su grado de aprobación, pues es insoslayable que una institución normativa convenza a los que se rigen por ella<sup>66</sup>. ¿En qué sentido? En el que “in their judgements, they suffered themselves to be uniformly and exclusively governed by that principle...in proportion as they are humanised and enlightened”<sup>67</sup>. El ejemplo tal y como Bentham lo interpreta resulta aberrante, pues la idea de intimidación es irreconciliable con la de ciudadanos autónomos. El miedo como mecanismo institucional para procurar la observancia de la norma supone una concepción del individuo como menor de edad, incapaz de compromiso ético por convicción, lo cual es absurdo. Negar la racionalidad y la sensatez en el comportamiento personal es empobrecer la vida comunitaria a controles de acto reflejo, es negar el principio de buena fe o de voluntad recta, sin lo cual difícilmente puede defenderse el altruismo, la solidaridad o el sacrificio, que son formas de conducta perfectamente realizables y constatables. En el caso de la ley coránica, el propio Bentham reconoce que ésta incurre en el vicio de la falta de matices en la imposición de las penas<sup>68</sup>, lo cual deja traslucir en su redacción una dogmática que difícilmente cumple con valores como la templanza y el discernimiento congruentes con una sociedad laica.

Considero haber esclarecido que la presunta proclividad vindicativa que Bentham atribuye a los que preconizan la pena capital, y que él esgrime como un postulado apodíctico, no es una aseveración fundada. Reservo, sin embargo, mi evaluación final de la posición benthamiana para más tarde, a fin de completar primero sus razones en cuanto a este castigo como parte importante del discurso utilitarista que defiende.

### **3.3.6. Equivocidad judicial y emotividad judicativa como objeciones al *ius puniendi* irreversible.**

---

<sup>65</sup> Ibidem.

<sup>66</sup> Ibid, Book I, Chapter X, Popularity, Primer Párrafo.

<sup>67</sup> Ibidem: “en sus juicios ellos toleraran gobernarse uniforme y exclusivamente por dicho principio... en proporción a cuán humanizados e ilustrados sean”.

<sup>68</sup> Ibid, Book I, Chapter IX, Of Retaliation, Décimo Tercer Párrafo.

Bentham objeta al castigo severo o inexorable – como sin duda emblemáticamente lo es la pena de muerte – el que se omita considerar los prejuicios que aquejan de manera insalvable a todo sistema judicial; es decir, desde su perspectiva sería muy optimista y hasta ingenuo (y en este contexto hasta irresponsable) considerar que la imparcialidad judicativa prevalecerá sin ambages, sobre la proclividad humana a emitir aseveraciones concluyentes no suficientemente fundamentadas, a partir de la simpatía o la antipatía:

“The variety of capricious objections to which each particular mode of punishment is exposed, has no other limits than the fecundity of the imagination”<sup>69</sup>.

Para él, lo más lamentable en este contexto es que tales criterios punitivos inflexibles se esgrimen en aras de salvaguardar de manera grandilocuente valores como libertad, decencia, religión o humanidad<sup>70</sup>. La invocación dogmática de nobles principios es en muchos casos el embozo de la visceralidad de quien hace la acusación, cuando lo que se debiese procurar es un concepto de justicia sustentado en el discernimiento y la ponderación sensata y temperada de los hechos y los distintos medios de prueba. Por consiguiente, el evitar la inflexibilidad en la definición de los castigos – tomando en cuenta las imperfecciones de procedimiento y juicio cuasi inherentes a todo proceso penal – permite la rectificación del error. Como vimos, esta clase de argumento también está presente (con similitudes significativas) en Voltaire y Bedau<sup>71</sup>. Bentham es un desencantado de la figura del juez en su tiempo, pero hoy sostener lo que él formula es sencillamente un anacronismo, y lo mismo vale para Voltaire y Bedau, pues como ya se ha señalado oportunamente, el concepto contemporáneo de juicio de garantías sancionado por el derecho internacional y por protocolos de Naciones Unidas, no puede llevar a error alguno. Ahora bien, no es el tema de la presente disertación inquirir en las razones psicológicas o de índole política que impidan que estas garantías – perfectamente inteligibles y legisladas - se instrumenten sin problemas. Ya comentamos, concurrentemente, sobre la falacia de argumentar una falibilidad estructural en un sistema penal determinado.

### 3.3.7. Apología de las penas de infamia.

Este es un tema ya bosquejado en párrafos anteriores, que aquí es pertinente seguir en detalle dada la importancia que esto reviste para el autor en comento. Bentham, en su afán por enfatizar la ejemplaridad del castigo como uno de los rasgos distintivos de su carácter benéfico – cuyo correlato es la deplorable disuasión por intimidación – se exhibe como un adalid de las penas de ignominia,

<sup>69</sup> Ibid, Book I, Chapter X, Popularity, Tercer Párrafo: “La diversidad de objeciones caprichosas a las que cada modo particular de castigo está expuesto, no tiene otros límites que la fecundidad de la imaginación”.

<sup>70</sup> Ibidem.

<sup>71</sup> Véanse sobre este tema a estos autores en el Capítulo 2: **2.3.4. Indulgencia y justicia divina.** (Voltaire); **2.4.5.1. Dolo, parcialidad y discrecionalidad del poder público.** (Bedau).

como las marcas debiles (tinturas temporales) o indelebles (tatuajes o improntas candentes) a guisa de estigmas en el cuerpo del delincuente para recordar su crimen, y también la desfiguración:

“In all cases without any other pain than what is absolutely necessary, which affect only the appearance of the criminal and render that appearance less agreeable”<sup>72</sup>.

He aquí pues el sello característico del utilitarismo benthamiano, a saber: definir la estrategia penal como economía del castigo, cuyo fin estriba en inhibir en otros la infracción mediante el espectáculo de infamia en la fisonomía del sentenciado. La efectividad del castigo está muy vinculada a la impresión que causa en “the gaze of the multitude”<sup>73</sup>. Por eso cuando Bentham hace la descripción de la pena de picota (pillory)<sup>74</sup>, lejos de reprobar las vejaciones de la cáfila iracunda a las que el supliciado queda expuesto –al girar su cuerpo con cabeza y manos visibles a través de los orificios de un tablón adosado horizontalmente a un pivote– recomienda simplemente proteger con un emparrillado de hierro la estructura:

“A simple iron treillis, in the form of a cage, placed around the pillory, would, however, suffice for stopping at least all those missiles which might inflict any dangerous blows upon the body”<sup>75</sup>.

La ignominia no es equivalente a la publicidad del castigo, como ya se dijo, y aquí reside una lamentable confusión en Bentham. Hacer pública una ejecución no tiene nada que ver con exhibir en forma vejatoria al reo, es simplemente cumplir con un procedimiento letal justificado que la opinión pública pueda constatar irrecusablemente. Es entonces una supina contradicción el que Bentham elogie al lado de la vejación del reo, una “legalidad ilustrada y bien ordenada” (“enlightened and well ordered law”)<sup>76</sup>, por medio de la que se pretenda procurar “la felicidad cabal de la comunidad” (“the total happiness of the community”<sup>77</sup>), buscando prevenir el que se inflijan daños (“to exclude mischief”)<sup>78</sup> a dicho bienestar colectivo. ¿Cómo cabría aquí la bestialidad injurianta de la multitud airada ante la exposición del reo con antelación a su ejecución?

<sup>72</sup> Op.cit., Book II, Chapter II, Of Complex Afflictive Punishments, Section I, Of Deformation, or Punishments which Alter the Exterior of the Person, Primer Párrafo : “En todos los casos sin ningún otro dolor que el absolutamente necesario, que afectan sólo la apariencia del criminal y vuelven dicha apariencia menos agradable”.

<sup>73</sup> Ibid, Book II, Chapter II, Section II, Of Disablement , or Punishments Consisting in Disabling an Organ, Undécimo Párrafo.

<sup>74</sup> Ibidem.

<sup>75</sup> Ibidem : “Una simple celosía de hierro en forma de jaula y colocada alrededor de la picota bastaría, sin embargo, para detener por lo menos todos aquellos misiles que pudieran infligir golpes peligrosos al cuerpo”.

<sup>76</sup> Ibid, Book VI, Chapter IV, Defeasance of Punishment, Section I, Of Pardon, Vigésimo Párrafo.

<sup>77</sup> Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Chapter XIII, Cases Unmeet for Punishment. Library of Economics and Liberty, copyright 2002, Liberty Fund Inc. (on line). p. 110.

<sup>78</sup> Ibidem: “excluir el daño”.

Paralelamente cobra aquí importancia la consideración del castigo como un daño y un mal (*mischief, evil*)<sup>79</sup>, cuya aplicación sólo resulta pertinente si conlleva la promesa de suprimir un “mal mayor” (“*greater evil*”)<sup>80</sup>. Subrayemos a este respecto lo ya dicho como nuestro deslindamiento del utilitarismo en relación con el castigo supremo: para nosotros la pena capital se justifica prioritariamente no en virtud de que exhiba una función de sosiego colectivo mediante la eliminación del transgresor virulento y despiadado – por válido que esto sea como consecuencia posible –, sino por la restitución de equidad que propicia como supresión de derechos en lo que compete al criminal y la víctima.

Es claro que la concepción de los métodos punitivos mantiene una peculiar tensión no resuelta en el pensamiento de Bentham: por un lado hace una apología del ejemplo y la analogía, y por el otro rechaza las exageraciones cruentas y agónicas en el cuerpo del condenado. Resulta, pues, insoslayable para él, el que se mantenga un nivel de temperancia en cuanto al grado de socavamiento que se imponga como lesión legal – vélgase la expresión – cuando exista la justificación de infligirla por la gravedad del delito:

“These sanguinary executions ... are the real causes of that deep rooted antipathy that is felt against the laws and those by whom they are administered, an antipathy which tends to multiply offenses by favoring the impunity of the guilty”<sup>81</sup>.

Esta cita ilustra bien *la pierre d'achoppement* del autor, quien por una parte parece escandalizarse por lo sanguinario de una ejecución, y al mismo tiempo preconiza por analogía la impresión de estigmas en el cuerpo del condenado. Si lo que a Bentham le resulta contradictorio de una ejecución sañosa es que genera compasión por el reo y odio por la legalidad, esto es algo que nosotros también suscribimos como queda claro por lo expuesto al respecto. Empero, ¿si se defienden las penas de ignominia se termina justificando el suplicio vindicativo y la degradación del reo como persona! Una posición estrictamente ética respecto de los derechos del sentenciado no puede permitir ningún tipo de vejación en su individualidad, pues esto deforma sin remedio la impartición de justicia al convertírsele en un medio de revanchismo. ¿Qué otra cosa podría significar la ejemplaridad del castigo a la que tan afecto se muestra Bentham, sino una crueldad impropcedente a lo que tendría que ser una reclusión penitenciaria digna, en caso de que el delito no ameritase la pena capital? En todo caso, no es eso lo que se ha venido proponiendo en este trabajo. Lo que sí sostengo es que si el delito amerita la pena capital, lo que no tiene ningún sentido es desvirtuar la

---

<sup>79</sup> Ibidem.

<sup>80</sup> Ibidem.

<sup>81</sup> Bentham, *The Rationale of Punishment*, CUWS, Classical Utilitarianism Web Site, Book II, Of Corporal Punishments, Chapter XI, Section II, Afflictive Capital Punishment, Sexto Párrafo: “Estas ejecuciones sanguinarias...son las causas reales de la tan arraigada antipatía que se siente contra las leyes y aquéllos que las administran, una antipatía que tiende a multiplicar las ofensas favoreciendo la impunidad del culpable”.

ejecución con elementos ajenos a su función primordial que es no dejar impune el acto atroz.

### 3.4. La falsa objeción a la implacabilidad del *ius puniendi*.

Bentham defiende el estrafalario punto de vista de que la animadversión a un sistema de justicia nace y se fortalece a partir de la implacabilidad del mismo, por el desasosiego colectivo que tal estrategia punitiva suscita a la larga, en virtud de que su propia índole inmisericorde propicia toda suerte de inquinas entre los que juzgan y entre los que padecen o son susceptibles de padecer tales fallos como ominosos rituales patibularios. Pero es obvio que, una vez más, Bentham vuelve a incurrir en confusiones: nociones como implacabilidad o inexorabilidad no tienen por qué conllevar un sentido de menoscabo del ciudadano.

Aquí hay que aseverar una vez más que hay una diferencia abismal entre un sistema de justicia que castiga con firmeza pero sin vejación, y aquél que doblega la voluntad del individuo con la exacción que su ley entraña. El que el acatamiento de la legalidad haya de ser inexorable y bajo una misma vara para todos los que conforman una determinada sociedad, no significa ni implica prohijar abusos desde el poder público a la dignidad de las personas. Es simplemente grotesco que Bentham justifique por razones de degradación humana – que es por lo visto su convicción general del hombre – métodos de castigo con tortura donde lo que habría que privilegiar es la intensidad antes que la duración del dolor infligido (pues esta última puede despertar sentimientos compasivos hacia el supliciado)<sup>82</sup>. He aquí un párrafo que ilustra su aberrante concepción de que la vileza humana hay que corregirla con castigos supremos que conllevan inequívocamente el recurso a la tortura:

“The only reason that can be given by any government that persists in continuing to employ a mode of punishing so highly penal is that the habitual condition of the people is so wretched that they are incapable of being restrained by a more lenient kind of punishment”<sup>83</sup>.

En un mundo escalofriante como el que plantea Bentham, la idea parece ser que la ejecución legal de criminales altamente lesivos acompañada de suplicio, constituye un recurso punitivo pertinente respecto de conductas abominables. Desde su perspectiva formamos parte de una comunidad proclive a los actos execrables de toda suerte, incapaz de sensibilidad moral y morigeración en su comportamiento. En ella no prevalece solidez educativa ni cohesión social, pues

<sup>82</sup> Ibid, Book II, Chapter XI, Section II, Tercero a Quinto Párrafos.

<sup>83</sup> Ibid, Book II, Chapter XI, Section II, Séptimo Párrafo: “La única razón que puede dar cualquier gobierno que insista en continuar empleando un modo de castigo tan altamente penal, es que la condición habitual de la gente sea tan vil que sea incapaz de restringirse mediante alguna clase más suave de punición”.

el común denominador conductual *es* el de la infracción violenta y vejatoria de manera consuetudinaria.

En este escenario, el *ius puniendi*, lejos de ser un sistema general de enmienda del individuo por errores delictivos corregibles y compurgables, tendría que esgrimirse como un instrumento de eliminación sistemática de los “indeseables” en el seno de una criminalidad avasalladora. Esto se contrapone por completo a la postura ética que de la pena capital se ha expuesto en el presente trabajo. Desde esta perspectiva, no hay programa real de reforma de la conducta infractora ni determinación etiológica de la delincuencia, ni tampoco viabilidad de reintegración efectiva en términos generales del que delinque. Esto llevaría indefectiblemente a postular una sociedad psicopática y criminógena de manera endémica, lo que constituiría una *contradictio in adjecto*. Es decir, se hablaría aquí de una especie de “no man’s land”, donde por razones por demás perversas o absurdas se admitiría acaso que una oscura fatalidad estaría cerniéndose sobre tal sociedad, impidiéndole la disposición de su vida comunitaria de acuerdo con valores de sensatez y honorabilidad. El delito prevalecería sobre la obediencia a las leyes, y por ende no se tendría sentido cívico generalizado. En conclusión, no habría una comunidad *stricto sensu*, sino un conglomerado desarticulado de individuos carentes de una teleología colectiva. Entonces, ante esta falta supina de cohesión axiológica de una colectividad, la pena de muerte es el recurso extremo para la vileza generalizada, y esto es una construcción por completo coyuntural de Bentham, de la que extrae conclusiones fatalistas de manera injustificada ¿Cómo se pueden universalizar los vicios de una sociedad determinada a todas las sociedades posibles?

En última instancia, siempre cabe plantearse la idea de una sociedad donde la conducta no tenga que ser en general penalizada para que se inhiba el grado de lesividad en la misma. Sin duda es deseable que prevalezca un sentido de colectividad por convicción respecto de la legalidad instaurada, y no como efecto de alguna coacción. Empero, incluso en un escenario de esta índole, la conducta atroz ahí donde acaezca, tendría siempre que castigarse con la pena capital, pues no habrá nunca justificación racional para tutelar la vida de esta clase de infractor. Aquí reside la idea saludable de implacabilidad o inexorabilidad en la aplicación de la ley que Bentham tergiversa por completo.

En la concepción benthamiana del *ius puniendi* hay señalamientos de rechazo de todo exceso o ineficacia punitivos, a la prioridad que debe revestir la prevención del delito o el acto “pernicioso para la comunidad en su conjunto” (pernicious upon the whole of the community)<sup>84</sup> en el diseño de la estrategia de los castigos. Pero no hay una apreciación de la importancia de que la comunidad sea en primera instancia ética. Acorde con esta perspectiva, la taxonomía de los delitos que Bentham considera es la descripción de las faltas que conforman una

---

<sup>84</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Library of Economics and Liberty, (pdf on line), Chapter XVII, Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence, viii, p. 182.

forma social de persistencia en la infracción, irresoluble y recurrente, que en su perspectiva se vuelve gratuitamente el único modelo factible.

Paradójicamente a lo sustentado sobre la vileza humana, se nos habla del “castigo laborioso” (laborious punishment)<sup>85</sup>, “el más productivo de todos” (the most profitable upon the whole)<sup>86</sup>, o bien de “las clases más frecuentes y perturbadoras de crímenes” (the most frequent and troublesome kinds of crimes)<sup>87</sup>. Bentham busca, entonces, hacer inteligible el *ius puniendi* en un contexto de mentalidad ilustrada donde se descarten preconcepciones y fanatismos, algo sobre lo que Bentham hace un detallado análisis (“the circumstances of moral, religious, sympathetic, and antipathetic sensibility”)<sup>88</sup>. Empero, esto contrasta abiertamente con una concepción social vinculada a la ejemplaridad del castigo como expediente obligatorio para mantener viabilidad en las relaciones entre los individuos que conforman una colectividad proclive en esencia al delito. No se entiende que se preconice ser ilustrado y superar los fanatismos, cuando al mismo tiempo se da por hecho la necesidad de intimidación por parte del poder público como control de la conducta. Entonces no es la racionalidad y la autonomía lo que está en la base del comportamiento debido, sino el miedo a ser castigado de manera ultrajante.

### 3.5. Utilitarismo y fatalismo conductual.

La doctrina sustentada por Bentham denota una especie de fatalismo fisiológico, pues se da por sentado que hay una proclividad en los individuos a actuar como transgresores a los que hay que amedrentar, lo que justifica que se les infija el mal que el castigo simboliza, según el propio autor afirma. El poder público debe administrar los cuerpos de los gobernados, centros de afecciones placenteras y dolorosas, para intensificar el displacer como método correctivo de las infracciones. Vale la pena notar que, estrictamente hablando, desde una perspectiva como ésta, el mérito o el demérito de la acción como resultado del ejercicio autónomo de la voluntad, son irrelevantes. ¿De qué sirve ponderar una mente sensata y temperada, en virtud del nivel de “la fuerza de las facultades intelectuales” (“the strength of intellectual powers”)<sup>89</sup> del sujeto, en contraposición con la “insania” (insanity of mind)<sup>90</sup>, cuando ya de antemano se admitió que sin el miedo institucionalizado no hay intersubjetividad encausable sin lesividad incontrolada, que es lo que recurrentemente sostiene Bentham? Ahora bien, la conducta ética que aquí hemos sustentado no se rige por el temor a

<sup>85</sup> Bentham, *the Rationale of Punishment*, Book II Of Corporal Punishments, Chapter X Of Active or Laborious Punishment. Véase el capítulo completo.

<sup>86</sup> Ibidem, punto 1 sobre el atributo de índole fructífera del “castigo laborioso”.

<sup>87</sup> Ibidem, mismo punto 1.

<sup>88</sup> Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Library of Economics and Liberty, Chapter VI, Of Circumstance Influencing Sensibility, XVI.10: “las circunstancias de la sensibilidad moral, religiosa, de simpatía y antipatía”, p. 39.

<sup>89</sup> Ibid, Chapter VI, XII.6, p. 38.

<sup>90</sup> Ibid, Chapter VI, XXIII. 18, p. 40.

ser castigado, sino por el respeto a la dignidad de la persona y las garantías que reconocemos como irrenunciables para que su integridad ontológica no se vea menoscabada. El castigo en el caso de la pena capital restituye, como aquí se ha argumentado, una equidad en cuanto a derechos, violentada por un acto atroz. Reducir el cumplimiento del deber moral al evitamiento de un dolor mayor a través del castigo –que es lo que se infiere de la postura de Bentham-, es negar el valor ético que dicho castigo debe conllevar, por ejemplo, como equidad en la supresión absoluta de derechos al infractor atroz mediante su ejecución legal.

En este sentido, la ponderación juiciosa que hace Bentham de la educación para propiciar en el individuo “salud”, “fuerza” y “resistencia” (health, strength, hardiness), lo mismo que “firmeza” y “constancia” (firmness, steadiness) en el razonamiento<sup>91</sup>, se ve empobrecida cuando se le contextualiza en su defensa de la exigencia de intimidación como corrección de la conducta. Si de lo que se trata es de producir un tipo de personalidad que se distinga por su alta tolerancia y discernimiento (very tolerable judgement...commonly formed by a discerning mind)<sup>92</sup>, este prototipo no deja de ser el producto de una coacción de origen, a saber: la ejemplaridad del castigo como intimidación y el recurso a las penas de ignominia. Reformar la conducta transgresora es infundir un miedo tal que no vuelva ésta a darse. La sociedad de Bentham es a fin de cuentas una sociedad construida sobre la represión que el poder público ejerce de manera sistemática sobre los gobernados. Es por eso que desvirtúa, como se vio, la función de la pena capital al caracterizarla como una ejecución sanguinaria y cruel, rechazable en general, no como un castigo esencialmente ético.

### **3.6. Divergencia con el utilitarismo desde el punto de vista ético de la pena de muerte como nulificación de derechos y no como ejemplo disuasivo.**

Uno de los aspectos en el que nuestra tesis difiere del utilitarismo estriba precisamente en que el bienestar de la mayoría no es para nosotros la justificación de un castigo como la pena capital. No se castiga a un criminal atroz con la muerte por el beneficio que ésta pudiera conllevar para la sociedad, sino porque hay merecimiento ético para ello. Tampoco su justificación primordial tendría que ver, valiéndome de una postura como la de Mill<sup>93</sup>, con salvaguardar a una determinada minoría de la agresión racista o violenta, por ejemplo, que ciertos grupos pudieran ejercer contra ella. Porque acaso en una circunstancia de este tipo se adujera que es útil legislar que se inflija pena de

---

<sup>91</sup>Ibid., Chapter VI, XXXVIII.28, p.45. Es importante señalar que en relación con el concepto de “resistencia” (hardiness), Bentham lo asocia con ausencia de irritabilidad respecto del dolor o la aflicción en términos físicos, la cual puede desarrollarse mediante la propia educación, a diferencia de la fuerza o el vigor orgánicos que dimanar de la constitución innata de un cuerpo, a guisa de “don de la naturaleza” (gift of nature). (Chapter VI, IX.3, p. 38.).

<sup>92</sup>Ibid., Chapter VI, XXXIII, pie de página 52, p.210: “juicio muy tolerable...comúnmente formado por una mente discerniente”.

<sup>93</sup> Mill, Stuart, John, véase cita (10).

muerte a dichos agresores para disuadirlos de tal conducta virulenta. ¿Quiere entonces decir que si la pena capital se juzga socialmente inútil – como hoy ocurre con el abolicionismo en boga - ha de renunciarse a su aplicación? El dilema para nosotros es si es moral o no ejecutar al criminal atroz, independientemente de su utilidad circunstancial, como quiera que esto se defina.

La adscripción de derechos no puede hacerse descansar sin más en el criterio de aquello que momentáneamente convenga a la mayoría, pues en ese caso la ética tendría que cambiar según se modificara el consenso general. El concepto de persona no admite que las garantías que sustenten el respeto a su condición, se supediten al criterio imprevisible de una multitud cualquiera. En nuestra argumentación, simplemente es una cuestión de justicia no permitir la impunidad y dejar que el perpetrador ejerza derechos que no merece, al margen de cuál sea la opinión mayoritaria o el probable beneficio social que de ello se derive. Lo que defendemos es que ninguna decisión judicial que competa a la impartición de justicia desde una perspectiva ética bajo el principio de equidad en el ejercicio de derechos fundamentales, puede menoscabar en persona alguna las prerrogativas que su dignidad ontológico-jurídica le confieran, que es precisamente lo que sucede cuando se deja con vida a un criminal atroz.

Aquí puede aducirse una paradoja que contravendría la recomendación de Bentham de que las decisiones judiciales no se hagan depender de la simpatía o la antipatía que el imputado despierte en el juzgador<sup>94</sup>. Dejar los asuntos éticos a la utilidad puede fácilmente hacernos incurrir en la valoración de la pertinencia o la exoneración de un castigo por motivos de simpatía o antipatía. Esto es un verdadero peligro. A una mayoría específica puede resultarle antipático que se ejecute a un determinado personaje por el que siente simpatía en virtud de que es un cantante popular, por ejemplo. A partir de esto, tal multitud puede considerar que es benéfico que se le mantenga con vida para que siga componiendo melodías para su placer. Las pruebas que acreditarían la comisión de alguna atrocidad por parte de dicho individuo perderían valor. ¿Habría entonces que garantizar la felicidad de tal mayoría por encima de la equitativa supresión de derechos al perpetrador, permitiendo que éste gozara de prerrogativas penitenciarias y ejerciera su oficio artístico? ¿Significaría esto que habría que privilegiar el sentimiento de dicha mayoría, incluso cuando – como en el ejemplo mencionado - el resultado fuera una desproporción en el trato otorgado al criminal en relación con la aniquilación de la víctima?

---

<sup>94</sup>Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Library of Economics and Liberty, Of Principles Adverse to that of Utility, Chapter II, XI, p.20: “By the principle of sympathy and antipathy, I mean that principle which approves or disapproves of certain actions, not on account of their tending to augment the happiness of the party whose interest is in question, but merely because a man finds himself disposed to approve or disapprove of them: holding up that approbation or disapprobation as a sufficient reason for itself, and disclaiming the necessity of looking out for any extrinsic ground”. (“Por el principio de simpatía y antipatía entiendo aquel principio que aprueba o desaprueba ciertas acciones, no en virtud de que tiendan a aumentar la felicidad de la parte cuyo interés está en juego, sino meramente debido a que un hombre se encuentre dispuesto a aprobarlas o desaprobarlas, esgrimiendo tal aprobación o desaprobación como razón suficiente en sí misma, y descartando la necesidad de buscar algún fundamento extrínseco”).

A la postura abolicionista actual plasmada en tratados internacionales incumbentes, simplemente le resulta antipática la pena capital, a la que descarta sin mayor argumentación, lo que propicia que se afirme gratuitamente en dichos instrumentos que la misma es contraria a la evolución de los derechos humanos aceptados universalmente. Fin del dogma. Contrario a esto, en la evaluación de la pena capital como castigo ético debe prevalecer el impecable precepto spinozista de “non ridere, non lugere, necque detestari, sed intelligere”<sup>95</sup>. Lo fundamental es entender por qué es racional la pena capital a partir de la obligación ética con la víctima inocente de no suscribir la tutela de derechos del criminal.

La discusión sobre la responsabilidad criminal debe atender a las “competencias que hacen a un sujeto capaz de lenguaje y acción para participar en procesos de entendimiento en contextos y plexos de interacción cambiantes”<sup>96</sup>. Lo que hay que entender de una buena vez por todas es que se ejecuta a un infractor abominable por lo que su acto vejatorio representa como degradación de la dignidad humana, independientemente de la utilidad que la ejecución revista para un conglomerado de individuos, que acaso vean en tal acto una posibilidad de desahogo emocional, o bien de sosiego de su miedo u otro tipo de beneficio personal o colectivo.

Es en virtud de que se admite la existencia de una individualidad racional, cuya dignidad e integridad se juzguen inviolables, y a la que se atribuyan actos voluntarios no coactivos, es que puede hablarse de derechos fundamentales. Por ende, la violación de este ámbito ontológico, que implica el derecho a la vida y a no ser vulnerado, sin que medie legítima defensa por parte de un tercero, es lo que permite determinar la pertinencia de la pena capital. Es inadmisibles reclamar derechos que se supriman o nieguen dolosamente a un sujeto racional.

Esta perspectiva no se inscribe en absoluto en una visión iusnaturalista, simplemente refrenda la racionalidad en el hombre que permite la postulación de garantías universales que configuran una personalidad autónoma y ética. Es desde estos postulados sobre la persona humana como entendemos que haya sistemas penales, pues no se castiga al que esté privado de razón. Empero, en ningún momento hay aquí referencias cosmológicas o teológicas sobre la personalidad jurídica; ésta es simplemente un concepto que permite hacer inteligibles comportamientos aceptables o inaceptables en distinto grado. Como tal, constituye una noción básica e insoslayable de la responsabilidad penal, cuando bajo criterios probatorios fehacientes se concluye que un individuo en uso cabal de su racionalidad causó un daño a un tercero, incurriendo en una acción sin derecho.

---

<sup>95</sup> Spinoza, Baruch, *Tractatus Politicus di Baruch Spinoza*, versione latina, Foglio Spinozi@no, numero 14 (on line), Caput &4: “no reirse, no llorar ni detestar, sino entender”.

<sup>96</sup> Habermas, Jurgen, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Ed. Taurus, 1989, p.405.

Por lo anterior, el concepto de imputabilidad depende de un vínculo de causalidad entre el autor y el hecho, donde se expresa un acto voluntario, como cuando se dice “él causó el daño”. Se reconoce en la *praxis* lingüística una personalidad que realiza actos intencionales con determinadas consecuencias. Por consiguiente, es irrenunciable que las ideas de “libertad” o de “acción libre” mantengan operatividad jurídica, es decir, sean inteligibles para los propósitos de impartición de justicia en términos de discernimiento y ponderación inequívoca de la concatenación fáctica pertinente respecto de un hecho delictivo; ello es más que suficiente para conservarlas como referencias válidas en el juicio penal incumbente.

Es esta responsabilidad jurídica en el caso del acto atroz antijurídico y su inherente violación de derechos imprescriptibles en otro, lo único que debe pesar en el análisis del valor ético de la pena capital. Cualquier consideración sobre su utilidad social, su fuerza disuasiva, su ejemplaridad, es por completo ajena a su carácter restitutivo de una equidad socavada por el evento criminal

Por consiguiente, carece de pertinencia para la sistematización ética del *ius puniendi* argumentar, en favor o en contra de la pena suprema, a partir de la utilidad como pretende Bentham. En este mismo tenor, es improcedente sostener como hace Sidgwick, que la moralidad dependería de intuiciones en las que sólo se manifestaría una determinada subjetividad y su proclividad personal – en absoluto universal – al cumplimiento de tal o cual obligación. Según esto sería inevitablemente nuestra emotividad la que condicionaría los principios morales a partir de una gama de preferencias emanadas de nuestras sensaciones de placer o displacer. En el caso de la justicia como restitución de la equidad perdida por el acto delictivo, no se trata de un asunto de gustos personales, sino de qué sea lo racionalmente conducente como castigo. El postular el respeto irrestricto a la dignidad ontológica del otro (i.e., del inocente inmolado) no remite a una “intuición preferencial”, sino que es la única manera de vivir sensata y juiciosamente, sin anteponer la arbitrariedad o el abuso en las relaciones interpersonales. Si esto no está claro, entonces la coacción y la vejación respecto de terceros es lo que se tendría que avalar.

En síntesis, el estipular inequívocamente la inviolabilidad de la personalidad ontológico-jurídica como precepto irrenunciable de un sistema de *ius puniendi* que deba privilegiar la dignidad de la racionalidad del individuo, no tiene nada que ver ni con criterios de utilidad ni con intuicionismo alguno. Un sistema penal que se sustentara en sensaciones de placer o de desagrado sencillamente no podría determinar las condiciones viables para que tal dignidad se concretase y se desarrollase en la *praxis* social, por las razones ya expuestas. Desde nuestra perspectiva, la postulación de derechos y obligaciones no se ciñe a aspectos hedonistas, sino a preceptos sociales de racionalidad en la conducta. Lo que defendemos como precepto universal fundamental del *ius puniendi* es la no tolerabilidad de conductas lesivas absolutamente injustificadas en contra

personas inocentes, donde la responsabilidad está claramente establecida<sup>97</sup>. No aceptar tal premisa es volver ininteligible la idea misma de castigo. Una conducta es lesiva porque niega los derechos irrenunciables de un tercero, porque lo denigra en su integridad, no porque así lo determine una mayoría. Por consiguiente, el precepto ético de no lesividad en la conducta es nuestro punto de soporte para explicar la función de la pena infligida al que actúa con lesividad. Quien niegue esto estaría justificando el comportamiento dañino hacia otros, es decir, la arbitrariedad vejatoria o sañosa incluso.

Hablar de felicidad, en abstracto, como hace el utilitarismo, en términos de un catálogo hedonista donde “...consistency requires that pleasures should be sought in proportion to their pleasantness”<sup>98</sup>, entendiéndose por esto que el deseo que dichos placeres satisfagan no resulte pernicioso para el individuo o los demás, no es incumbente para las definiciones conceptuales de ética penal, tal y como se han expuesto en el presente trabajo. Así, la idea de punibilidad jurídica se refiere a la tipificación conductual meritoria de sanción pecuniaria, privación de la libertad del perpetrador y compurgación carcelaria o su ejecución legal, a partir de principios éticos de equidad y proporcionalidad.

En conclusión, respecto del crimen atroz no debe quebrantarse el imperativo de castigo justo que nos impone un principio compensatorio como nulificación final e irrestricta de derechos en quien los nulificó arteramente en un tercero. Es prioritario honrar a la víctima inocente – en virtud de su dignidad ontológica segada – no permitiendo la prerrogativa de rehabilitación penitenciaria para el perpetrador inexorable y sanguinario. La noción de honra de la víctima inocente se desarrollará puntualmente en el siguiente capítulo.

---

<sup>97</sup> Tarde, Gabriel, *Filosofía Penal*, Ed. La España Moderna, Madrid, p.114. : “En todo tiempo se ha juzgado a un sujeto responsable de un hecho cuando se ha creído que era él y no otro, el autor voluntario inconsciente de este hecho. Es un problema de causalidad e identidad...el resuelto por este juicio”.

<sup>98</sup> Sidgwick, Henry, op.cit., p.121: “...la consistencia requiere que los placeres deban buscarse en proporción a su agradabilidad”.

## **CAPITULO 4**

### **4. Fenomenología de la víctima.**

#### **4.1. Ética y racionalidad.**

La idea de que un individuo se conciba como sujeto, que en virtud de su índole intelectual y complejidad emocional deba ser tributario de garantías respecto de cualquier acción que socave su condición poniendo en serio riesgo, o incluso propiciando el término anticipado de su existencia por razones no fisiológicas, es lo que a mi juicio confiere significación a la dimensión ética de la vida. Hemos establecido en los capítulos previos como precepto fundamental de esto, la no lesividad de su integridad ontológica por parte de un tercero y su insoslayable dignidad como persona. Este principio ético de no socavamiento de la vida que no es la propia, permite establecer reglas morales plausibles a partir de la definición de derechos y obligaciones equitativos. Y permite también tener claridad también de que victimizar a un inocente privándolo de la existencia, o vejándolo de manera irrecuperable, no admite justificación alguna para que se tutele la vida del perpetrador de un acto atroz de esta índole. En este sentido, podemos aseverar que hay “costumbres inmorales” porque las acciones que de ellas se derivan no resultan justificables, y lo que toda sociedad debe determinar con honestidad es si entre las mismas hay las que denotan daños imperdonables a la dignidad humana.

De lo anterior se colige entonces que conducirse de manera moralmente correcta respecto a otro conlleva, como exigencia ineludible, la no vulneración; es decir, el no infligirle a un individuo un daño letal (asesinato) sin justificación alguna. Aquí hemos considerado en segundo término también el daño irreversible aunque no letal, como vejaciones sexuales (violación de un niño) o mutilación (para conminar al pago de rescate de un secuestrado), como un tipo de acción que ameritaría la pena suprema, pues socava la integridad ontológica del afectado. Es evidente que en el daño letal, la única salvedad posible estribaría en la necesidad de legítima defensa contra una agresión de peligro. En este caso la salvaguarda que yo hiciera de mi persona lesionando a mi agresor estaría plenamente justificada. Y esto es congruente con nuestra perspectiva ética.

#### **4.2. La noción de víctima en el contexto religioso y la propensión contemporánea de tutela de la vida del sujeto–verdugo.**

El importante concepto de víctima presenta distintos matices. En un sentido religioso se habla de víctima propiciatoria, como aquélla que con su sacrificio aleja los males y restablece el equilibrio en una comunidad. Hay en esto una idea supersticiosa del mundo, el cual aparece supeditado a la voluntad de dioses y espíritus a los que hay que aplacar y mantener en disposición benévola mediante la ofrenda de vidas. Agamenón sacrifica a su hija Ifigenia para que los vientos soplen y su flota pueda zarpar. Incluso en el cristianismo hay rastros de todo esto, pues el rito eucarístico es la inmólación de un redentor ofrendando su sangre y su cuerpo para restaurar un vínculo divino y obtener un perdón. Es claro que en todo esto hay un sentido siniestro de la existencia, derivado de la idea de una culpa que requiere expiación mediante la muerte de un ser vivo.

La connotación originariamente religiosa de la idea de “víctima”, es indisociable del sacrificio, sin que haya otra justificación que el arbitrio del sacerdote o la figura de autoridad tribal, que sin otro argumento que el de algún ritual apotropaico – que aleje los males - somete al “elegido” como presuntamente culpable de una calamidad divina a una ejecución irremediable o a su expulsión del grupo.

“El pensamiento religioso se ve necesariamente impulsado a ver en la víctima propiciatoria...una criatura sobrenatural que siembra la violencia para recoger a continuación la paz, un temible y misterioso salvador que hace enfermar a los hombres para curarlos después”<sup>1</sup>.

Claramente, desde una perspectiva contemporánea laica, estamos ante la comisión de una injusticia, pues se menoscaba el valor del individuo para privilegiar un supuesto fin social. En una concepción racional de asignación de derechos y obligaciones, ésta no puede supeditarse a lo que convenga a la mayoría, para desde esa perspectiva suprimir tales garantías en tal o cual persona. Esto sería tanto como otorgar en empréstito los derechos dependiendo de las exigencias del gran número. Sería entonces correcto matar a alguien si los más así lo exigiesen por algún encono, animadversión o creencia mítica. Esto es utilitarismo desbordado, una posición que estamos lejos de compartir. En el sacrificio ritualista hay pues una visión animista del mundo, la cual reviste la expresión de necesidad de ofrendas sangrientas para aplacar a fuerzas ininteligibles y abrumadoras. Los males de la comunidad se encarnan en determinado individuo, cuya inmólación restituye el orden perdido y reconcilia a los hombres con el dominio de lo que lo rebasa y lo embarga en permanente angustia. Un ejemplo de esto es la noción del *fármaco* (φαρμακός), que al ser expulsado de la ciudad (πόλις) en medio de rituales vejatorios, se lleva con él los infortunios, pudiendo cualquiera matarle impunemente o sucumbir a las fieras en

---

<sup>1</sup> Girard, René, *La violencia y lo sagrado*, Anagrama, p.94.

un entorno agreste<sup>2</sup>. La necesidad de efectuar el acto de victimización parte de la ininteligibilidad del mundo físico. Es fruto de la ignorancia y de la exigencia de deidades crueles y arbitrarias.

Por otra parte, este ritualismo es similar al del déspota o el dictador que precipita a su pueblo a la inmolación porque cree ser portador de una visión de destino inapelable o alguna cosa por el estilo. De nuevo, hay un arcano indescifrable que abona a la comisión de un crimen. En el mismo tenor, es frecuente entre los asesinos seriales que marquen sus actos con el signo de algo ritualístico. En las sociedades laico-democráticas contemporáneas –como ya se bosquejó– sacrificar a alguien como recurso de aplacamiento de espíritus o deidades sanguinarias es sencillamente impensable como política de restitución del orden o el equilibrio cívicos. Ahora bien, la víctima inocente de un crimen atroz ve menoscabada su dignidad por la salvaguarda institucional a ultranza de la vida del sujeto criminógeno–verdugo que, como un perverso sucedáneo de las supersticiosas comunidades de tiempos inveterados, inmola a su arbitrio al indefenso. Sin importar el grado de subyugamiento y humillación brutal que esta clase de víctima padezca por las acciones que tal perpetrador realice, incluso causándole una muerte espantosa o saándole el cuerpo y produciéndole cruentas ablaciones, la noción mal entendida de “derecho a la vida” garantizará al responsable de tales horrores la conservación de la suya propia. Este defecto semántico y epistémico quedó consignado en la Universal Declaration of Human Rights de 1948 y después se volvió el dogma del abolicionismo actual. Ahí se dice en el artículo tercero que “everyone has the right to life, liberty and security of person”<sup>3</sup>.

Es muy importante comprender este texto, porque según muchos lo que implica es simplemente que los individuos tienen derechos que son imprescriptibles, y ello sin el correlato de obligaciones correspondientes. Contrario a esto, una redacción aceptable habría sido, sugiero, la siguiente:

“toda persona tiene el derecho a la vida, la libertad y la seguridad siempre y cuando no vulnere tales derechos en otros”.

En todo caso, lo anterior explica el soslayamiento patético que prevalece en el dominio victimológico internacional respecto de la pena capital, que como se ha visto es el único castigo ético para el infractor que despoja ontológicamente a una víctima inocente, o bien la menoscaba irreversiblemente en su integridad.

---

<sup>2</sup> Almandós, Laura, *Igualdad y diferencia en la democracia ateniense*, Encuentros, Colección Mejores Trabajos de Grado, Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia, 4.5 El **pharmakos**, pp.148-151.

<sup>3</sup> *Universal Declaration of Human Rights*, December 10, 1948, General Assembly of the United Nations, Article 3: “toda persona tiene el derecho a la vida, la libertad y la seguridad”.

### **4.3. Dimensión estrictamente humana de la noción de victimización.**

Quien vulnera a un inocente con violencia no tiene ninguna consideración por la inviolabilidad de la persona del otro como condición ética. Estamos ante el criminal avieso, el que desprecia simplemente el deber de no lastimar a quien conforma una individualidad con actividad consciente similar a la suya, capaz de expresar comportamientos inteligibles y con una afectividad susceptible de conmoverme de modo afable o benevolente. Sin duda, el otro puede despertar en mí aversión, cólera, rencor, agravio y otras formas de rechazo. Pero esto no significa que esta gama de emotividades “negativas” me haga agredirlo necesariamente con riesgo de su vida. Podré manifestarle mi indignación, oponerme enérgicamente a sus actitudes abusivas o injustas, procurando un desenlace aceptable en la medida de lo posible. Esto es lo que confiere a mi conducta una dimensión humana. Pero ciertamente lo que no tengo derecho a hacer es a privarlo de su vida.

El individuo temperado y de discernimiento sólido, investido de la convicción de no socavar la dignidad ontológica de los demás, no agrede; a lo más que llega es simplemente a defenderse bajo circunstancias excepcionales de vida o muerte, como ya se adujo. Esto es lo propiamente correcto en la conducta: saber medir la violencia a la que se pueda estar expuesto por parte de un tercero y sólo si es inevitable vulnerar al agresor, incluso causándole la muerte. Quien aprende realmente a defenderse controla su visceralidad, sabe cómo herir letalmente sin sucumbir al paroxismo o a la saña. Las técnicas para ello existen y son la doctrina de fondo de las artes marciales y el entrenamiento policial profesional, por ejemplo.

### **4.4. Legítima defensa y la clasificación jurídica de la víctima.**

Es en virtud de lo anterior que en el discurso jurídico se habla de “exclusión de delito”<sup>4</sup>, cuando la violencia que el agredido ejerce sobre un tercero no conlleva dolo ni irracionalidad en los medios de salvaguarda. Por consiguiente, está justificado causar daño a dicho tercero – incluso letal – para preservar la propia

---

<sup>4</sup>*Código Penal Federal de los Estados Unidos Mexicanos*, Capítulo IV, Artículo 15, Causas de Exclusión del Delito: “Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión”.

vida o los bienes legales contra una “agresión sin derecho”<sup>5</sup> por parte de este último. El agredido es en este contexto una persona que al defenderse evita convertirse en víctima inocente de un embate criminal, es decir, se trata de alguien que ante una amenaza inminente actúa eficazmente para sustraerse a las consecuencias de una posible vulneración a su persona. ¿Qué podría haber de criticable u objetable en una conducta así?

En la taxonomía victimológica, hay víctimas culpables (normalmente agresivas o dolosas) y víctimas culposas o imprudentes, que como resultado de la mejor defensa del otro o por haberse expuesto irreflexivamente a un riesgo sacan la peor parte de lo que ellas mismas propician. Reservo por el momento el examen de la idea de víctima inocente. Aquél que intenta matar a otro y muere por ser su agredido más diestro que él, es víctima dolosa; quien por estar ebrio se precipita a una vialidad vehicular y es arrollado, es víctima imprudencial. En tales casos es la propia deficiencia conductual del afectado la que origina que éste padezca un daño en su persona. A diferencia del mundo animal de sobrevivencia mediante acciones depredadoras entre especies, la figura de la víctima tiene que ver con la axiología del individuo. En relación con la víctima específicamente dolosa, su condición surge de la ausencia o el menosprecio de normas básicas en el trato con los demás. Hablamos de personas vulnerables o vulneradas por ser ofensivas, amenazantes o criminógenas en su interacción social. La justificación del daño al que eventualmente pueden quedar expuestas o sufrir, queda sancionada en expresiones de uso común como “él se lo buscó”, “él tuvo la culpa”, “el que a hierro mata a hierro muere”, etc.

El ámbito de las víctimas como las aquí descritas tiene que ver con intenciones y con formas de ser que no se relacionan con la preservación biológica. Se les atribuye una responsabilidad en lo que les ocurre. En cambio en el acto por el que un animal depredador caza a su presa no hay responsabilidad, pues no se trata de valores de conducta. Es un asunto de naturaleza, de instinto. En el caso del psicópata con un coeficiente intelectual elevado, la determinación de los medios lesivos con el fin de asesinar a otro, por ejemplo, indica una racionalización del acto atroz. No se trata aquí de la necesidad de salvaguardarse contra una amenaza para salvar la propia vida, sino de una planeación para vulnerar con dolo y ventaja a partir de la indefensión de un tercero. El psicópata sabe lo que hace, es un individuo que entiende perfectamente las consecuencias de su acto injustificable. El enfermo, el que mata o causa una vejación por retraso mental, es un caso por completo diferente al del psicópata con un alto nivel de discernimiento del valor de sus actos. Un atrofiado mental no puede ser objeto de sentencia judicial a partir de la tipificación de un delito, sino de internación clínica, de manera que como alienado no pueda causar ningún daño ulterior. El

---

<sup>5</sup>Ibidem.

psicópata asesino merece la pena capital, porque no es un inimputable, puesto que no exhibe deficiencias intelectivas. En este contexto, dicho sea de paso, hay un vicio de conducta en la cacería deportiva, donde el fin es matar por ego, para instalar, por ejemplo, macabras colecciones de animales disecados como parte del decorado de la propia vivienda o para pavonearse de la buena puntería de la que se goza, como hay también un vicio de conducta en la tortura de animales con fines de espectáculo y solazamiento de multitudes vociferantes y abyectas. Estrictamente hablando se trata de actos inmorales de crueldad, que infringen el principio ético de no lesividad, sin que medie legítima defensa. Es decir, se trata de un placer que parte de la indefensión de un ser vivo capaz de sufrimiento. Esto es lo que resulta inaceptable en una sociedad ética, a saber: la crueldad hacia la vida en general, y en el ámbito humano en particular, hacia quien sea sometible merced a un acto de fuerza que degrade su dignidad como persona. Cuando esto último acaece estamos en el ámbito de la victimización del otro. Quien es capaz de victimizar a quien no le causa daño, actúa en forma inhumana, pero peor aún, contradictoria, puesto que al negarle el carácter invaluable a la vida ajena, se priva a sí mismo de dicho derecho, y ni él ni nadie en su nombre tendrán posteriormente justificación de hacerlo valer.

#### **4.4.1. Víctima inocente como justificación ética de la pena capital.**

Para la justificación ética de la pena capital, resulta fundamental, entonces, la figura de “víctima inocente”, de la que comenté antes que reservaba provisoriamente su examen. Si nadie es inocente, entonces ninguna noción de justicia es plausible. ¿Y en qué estriba la inocencia de la víctima en un sentido jurídico? En que se trata de la condición de una persona que no realiza agresión alguna sobre un tercero, es decir, no viola ninguno de sus derechos, y a la que sin embargo este último lesiona de manera letal, mutiladora o vejatoria de distintas formas, buscando con ello anular o menoscabar su dignidad ontológica. Aquí reside precisamente la exigencia moral de no tutelar la vida del victimador, pues mediante su acto criminal éste se arroga arbitrariamente el designio de nulificación existencial del otro. Nada hay más degradante en términos humanos que esta destrucción de una vida indefensa. Por ende, como se ha sostenido previamente en esta exposición, garantizar el derecho a la vida al responsable de tal aniquilación es trastocar la justicia y hacerse cómplice de su acto.

Desafortunadamente, es un hecho que la victimología es hoy una disciplina que cobija al asesino, y en el mejor de los casos consuela a la víctima inocente cuando ésta acierta a quedar con vida de una agresión altamente vejatoria. La ultimación sañosa o implacable de un indefenso no excluye para este ámbito especializado la rehabilitación del reo, no es una práctica criminal repudiable sin lugar al perdón. Esto conduce al deseo de venganza y al descrédito de la justicia

entre los allegados de este tipo de víctimas, lo cual quebranta la confianza en el sistema legal bajo el que se esté gobernado.

#### **4.5. Las inconsistencias conceptuales del marco internacional jurídico en materia de definición de perpetrador criminógeno y víctima.**

En el Séptimo Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Crimen y Tratamiento del Delincuente (Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders) se define a las víctimas en los siguientes términos:

“persons who have suffered loss, damage or injury, to their persons, property or human rights, as a result of conduct which is: (a) a violation of national penal law; (b) a crime under international law; or (c) violation of internationally recognized human rights principles; or which (d) otherwise amounts to as abuse of power by persons occupying positions of political or economic authority”<sup>6</sup>.

El documento, como se colige, es simplemente enunciativo. Si bien habla de personas que sufren un daño en su integridad, su propiedad o sus derechos, no especifica nociones como indefensión, vejación o casos de ejecución sanguinaria y despiadada del agraviado o afectado por la acción criminal altamente deletérea. En esta taxonomía se considera el asesinato simplemente como una forma genérica más de crimen convencional, al lado del robo, el asalto o los actos incendiarios<sup>7</sup>. Por último, el texto omite hablar del castigo en términos de obligación ética hacia la víctima y, como se advierte en el párrafo referido, alude casi de soslayo a conductas que violan una determinada legislación penal. Es claro que la intención es no considerar al crimen atroz como una categoría aparte, cuyo castigo no puede homologarse al de delitos donde el daño no sea irreversible. ¿Pero cómo una conducta criminal que provoca una pérdida irreparable en la víctima, su propia vida o la integridad de su cuerpo, ha de evaluarse en el mismo contexto que, por ejemplo, un robo? ¡Esto es *prima facie* absurdo!

---

<sup>6</sup> *Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders*, Milan, Italy, 26 August to September 1985, Item 5 of the provisional agenda, 4. Victims of Crime : “personas que hayan sufrido pérdida, daño o lesión en su integridad, propiedad o derechos humanos, como resultado de una conducta que sea: (a) una violación del derecho penal nacional; (b) un crimen bajo el derecho internacional; (c) una violación de los principios de derechos humanos reconocidos internacionalmente; o aquello (d) que de otro modo constituya un abuso de poder por personas que ocupen puestos de autoridad política o económica”.

<sup>7</sup> Mismo instrumento, 4 (a).

Semejante desaseo en las ideas no es gratuito, sino que obedece al dogma de la política abolicionista en boga y a la que ya se hizo mención en la presente tesis. Lo lamentable de esto es que la victimología se convierte en una disciplina cómplice de la impunidad, instruyendo a los supérstites de la víctima asesinada – por ejemplo- sobre cómo superar el trance aceptando que el perpetrador ejerza derechos penitenciarios. Esta misma terapia se le aplica a la víctima de violación, de mutilación en algún secuestro o de daño psicológico permanente por las vejaciones sufridas: se le prepara a vivir con la conciencia de que su verdugo seguirá vivo y gozando de prerrogativas como interno, en el peor de los casos.

#### **4.6. Importancia victimológica del acto criminógeno con daño irreversible.**

Contrariamente a la vaguedad del documento de Naciones Unidas, en materia de victimología es imprescindible considerar y valorar el daño irreversible que resulta de un acto criminógeno, sea éste mortal o con consecuencias lesivas de gravedad tal, que impidan al afectado rehacerse cabalmente de sus estragos. Es muy importante que se tenga claridad en cuanto a que la pena capital incumbe *stricto sensu*, exclusivamente, a casos de conducta atroz, cruenta, inexorable y despiadada contra alguien indefenso. Porque el correlato “natural” de la víctima inocente (inerte, desprevenida, etc.) es el perpetrador intelectivamente apto, emocionalmente impasible, cuya apreciación del otro se ciñe a su deseo de doblegamiento y manipulación como si se tratase de una cosa eliminable *ad libitum*. Hay evidentemente en tales acciones criminales una mediatización del supliciado –porque en efecto lo que acaece es la instanciación de un suplicio –, inscribiéndose el móvil en un espectro que comprende desde el lucro hasta la satisfacción de los más diversos designios violentos y deletéreos de una voluntad infractora de la convivencia benevolente entre personas racionales y juiciosas. En este contexto es quizás pertinente hacer mención al supliciamiento de la víctima que a menudo conlleva el crimen atroz, porque es precisamente la idea de brutalidad la que es indisociable del mismo, y por ende no hay rehabilitación posible para quien lo comete. Sin embargo, la nefasta política abolicionista que hoy permea al derecho penitenciario internacional, simula una rehabilitación en el criminal atroz culpable y sentenciado, garantizándole una estancia inclusive placentera durante su reclusión. Esta simulación de castigo es aberrante, pues ni siquiera el improbable arrepentimiento sincero de un criminal sañoso podría bastar para borrar la huella imperdonable de su acción. La contradicción es manifiesta y consiste en recluir al criminal, puesto que eso equivale a seguir tutelando la vida a quien la despreció en un inocente, como ya se ha argumentado en distintos contextos de la presente tesis.

#### **4.7. El perpetrador atroz y la interpelación de justicia que impone la figura de la víctima inocente.**

Por consiguiente, en términos de índole humana – bajo atributos como la templanza, la reflexión como signo de juicio prudencial, el respeto a normas de reciprocidad en el reconocimiento comunitario en el que se esté inserto, etc. –, el perpetrador atroz no merece ninguna clase de reintegración a la vida social, sea ésta carcelaria (educación, trabajo) o en libertad. Quien incurrió en lo injustificable es imperdonable, puesto que dispuso arbitrariamente de vidas que no le pertenecen, por negar en los demás el derecho de salvaguarda de su autonomía, en tanto que individuos dotados de raciocinio y sentimientos. La noción de víctima inocente se presenta como una interpelación a nuestra idea de justicia. Como es evidente, para los propósitos del presente trabajo el análisis gira en torno a la idea de un ser humano inocente y afectado brutal y definitivamente por la lesividad de gravedad extrema del acto criminal.

Tomando en cuenta lo anterior, lo que tenemos que preguntarnos es entonces lo siguiente: ¿es siquiera imaginable alguna justificación moral para quien deliberadamente lesiona letalmente a un inocente de manera atroz? La pregunta es decisiva. Si alguien estuviera dispuesto a dar una respuesta afirmativa, entonces lo que se estaría justificando sería el acto lesivo mismo. El punto crítico desde la perspectiva moral es si es racionalmente aceptable dicha toma de posición cuando no hay nada en la acción sino la intención de una voluntad implacable que mediatiza y cosifica al otro. Si no nos hemos equivocado en nuestros razonamientos y en nuestra argumentación, es evidente que no podría avalarse moralmente una acción tal sin al mismo tiempo cancelar la posibilidad del respeto recíproco a la integridad. Es para estos casos injustificables que la pena suprema es el castigo justo.

##### **4.7.1. Importancia ética de la no mediatización del otro como refrendamiento de la víctima inocente de un crimen atroz.**

A la luz de lo expuesto, pienso que se puede sostener que un autor en boga en materia de ética como Ernst Tugendhat, incurre en un simple juego trivial de palabras cuando dice que “no usar a nadie en general como medio sería una exigencia absurda. Si yo, por ejemplo, cierro un trato con otro o le compro alguna cosa, lo uso como medio para mis fines”<sup>8</sup>. Con esto este autor busca descalificar el respeto irrestricto que Kant confiere a la persona racional. Empero, aquí hay una falacia, se trata de una descripción absurda. En una transacción voluntaria y ética de índole contractual, donde la información no sea fraudulenta,

<sup>8</sup> Tugendhat, Ernst, *Lecciones de Ética*, Gedisa, 2001, p. 137.

las partes no se mediatizan, sino que honran las expectativas mutuas. En otras palabras, no se causa un daño al otro engañándolo, se respeta su condición de persona y la gestión se lleva a cabo con veracidad. La mediatización tiene lugar cuando se obtiene un beneficio del otro de manera taimada. O cuando se propicia el despojo de algún bien ajeno sacando una ventaja ilícita de un tercero. Ahora bien, en un contexto de crimen atroz la mediatización del otro cancela la autonomía de su voluntad, en todo momento el perpetrador se conduce como un verdugo que determina los métodos de sufrimiento y vejación hasta llegar incluso a infligirle una implacable muerte al sometido. Para este tipo de criminal, el otro no es en ningún momento una subjetividad autónoma que merezca la más alta consideración a su integridad ontológica. Tugendhadht juega aquí con la polisemia del término “mediatizar”. En el caso de la víctima inocente, la mediatización de su dignidad al arbitrio del perpetrador no es la de alguien que en una transacción cualquiera – de comercio, legal, etc. - sirve a los propósitos de otro. La victimación es resultado de un crimen grave que causa daño irreversible. En cambio, la instrumentalización del otro para un fin de lucro o incluso sentimental, puede causar decepción, sensación de engaño o de ventaja ilícita incluso, pero no dejará en él huellas de laceración o tortura en su cuerpo, por ejemplo. La mediatización inmoral sólo se explica a partir del concepto de “víctima inocente”. A diferencia de las transacciones en las que se establecen acuerdos de voluntades, en el crimen atroz el vínculo es indefectiblemente de subyugamiento del victimador a su victimado; para este último no hay forma de negarse a aceptar el trato. Por ende, los ejemplos de Tugendhadht no son en realidad una objeción sólida a la mediatización inmoral que supone el menosprecio de la autonomía del otro como persona racional y sensible, que el crimen atroz supone.

Elucidar la lógica del criminal atroz no puede significar justificarlo, sino a lo sumo únicamente admitir que existen motivos a la vez inteligibles y odiosos para la realización de su acto. Es evidente que se puede comprender por qué el perpetrador lo cometió, y además es la obligación de una investigación ministerial del delito sustentar tales conclusiones (por ejemplo, por conseguir un lucro, por satisfacer un prurito sexual perverso, por menoscabo de la persona y afirmación de la propia fuerza de sometimiento, etc.). En otras palabras, no hay contradicción en el esclarecimiento de los móviles que llevan a un desenlace criminal que suscita el repudio total de la acción. Es un error total pensar que no se respetan valores fundamentales de convivencia solidaria y participativa en tales métodos indagatorios; al contrario, otorgan certeza en la eficiencia institucional. En todo caso, es evidente que la justificación última de la pena suprema no puede ser el resultado de meras intuiciones, sino el fruto de un análisis a fondo de los conceptos de persona y justicia, que es lo que intentamos hacer aquí. Ahora bien, volviendo a la pregunta original, inquiramos: ¿qué justificación moral podría invocarse para decir que resulta inteligible matar a

otro, violarlo, mutilarlo y causarle una agónica privación de su autonomía? Reconocer que no hay ninguna justificación moral, como ya se adujo, es aceptar que de haberla se trastocaría en sus cimientos el marco normativo conductual que rige la vida en las sociedades contemporáneas, y a sus miembros como individuos temperados y juiciosos. De nuevo, la defensa de la pena capital nos devuelve la figura de “víctima inocente” como interpelación a nuestra idea de justicia.

#### **4.8. La noción de justicia respecto del crimen atroz y la deshonra abolicionista a la víctima inocente.**

Si el examen del concepto de justicia torna insoslayable la idea de criterios de equidad y de proporcionalidad en la asignación del castigo (en general y en particular cuando se trate de un crimen atroz y cuando se tengan acreditadas la inocencia del afectado y la inexorabilidad de su veredicto), no atender la pertinencia de la ejecución del agente lesivo equivale a deshonrar a quien haya perdido la vida o haya visto menoscabada su existencia de manera irreparable por tales acciones antijurídicas. Más aún: significa tanto por razones de universalidad como de nuestras máximas morales elementales, que es deplorable minimizar la importancia del individuo *per se*, en cuya condición de afectado está representada la humanidad. Dicho de otro modo: asesinar, por ejemplo, a un niño de un año, es atentar en contra de la humanidad en su conjunto y degradarla por no defenderla.

Por lo anterior, podemos afirmar que de ninguna manera es una exageración hablar de deshonra, degradación, desvalorización, etc., de la víctima, porque es precisamente eso lo que ocurre cuando los juzgadores se limitan -como hace frívolamente el abolicionismo oficialista en boga en algunos sectores- a imponer sanciones de cadena perpetua o de término carcelario prolongado. Ya vimos que en esas condiciones el criminal habrá de gozar de prerrogativas penitenciarias, lo cual significa la imposición de un castigo totalmente inequitativo<sup>9</sup>. La víctima, muerta u horriblemente mutilada o vejada – si tal fuese la clase de justicia que pretendiéramos defender – tendrá que conformarse con lamentar lo acontecido contra su persona, a escuchar hablar de mejorar las condiciones de seguridad por parte del estado y otra ringlera de explicaciones por completo descontextualizadas. De lo que los abolicionistas se olvidan es, entre otras cosas, de que la rememoración que la víctima y sus allegados tendrán de su sufrimiento, y de la brutal injusticia de la que fueron objeto los acompañará hasta

---

<sup>9</sup> *Primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (First UN Congress on the Prevention of Crime and Treatment of Offenders)*, celebrado en Ginebra, Suiza, del 22 de agosto al 3 de septiembre de 1955, en el marco de la Organización de Naciones Unidas.

el último día de sus vidas. Es, pienso, en estos casos que nos percatamos de que no podemos engañarnos, que hay una obligación que traicionamos, y que deformamos grotescamente nuestra índole humana al insistir en la conmutación de la pena correcta, entre otras razones porque es inhumano conferirle al victimador letal, al criminal abyecto y sádico, condiciones de trato razonable y respetuoso de su dignidad.

#### **4.8.1. Deontología en relación con la honorabilidad de la víctima inocente.**

Es relativamente claro que el problema para nosotros *qua* personas con conciencia del deber – si en eso consiste la conciencia moral –, es responder en aras de qué argumento axiológico consistente puede justificarse tal disparidad de puntos de vista y de posiciones respecto a la justicia, porque volviendo a la conclusión de que el crimen atroz es injustificable moralmente: ¿cómo es que aún así se pretende defender la idea de una vida penitenciaria viable para el criminal? Lo que aquí hemos sostenido es precisamente que la pena capital es el único procedimiento que salva nuestra honorabilidad como agentes morales, entre otras cosas porque garantiza un tributo digno a la víctima inocente. Honrar a los muertos asesinados o vejados, lo mismo que honrar a quienes han padecido y sobrevivido una iniquidad brutal, significa no tolerar que los responsables reciban un castigo sucedáneo.

Lo anterior debería entenderse en el sentido de que el concepto contemporáneo de castigo se asocia penalmente a la posibilidad de superación del mismo con fines de restitución del transgresor a una vida comunitaria. Desde nuestra perspectiva, abogar a ultranza por un castigo rehabilitador equivale a pensar que no se ha cometido un acto delictivo que rebase ciertos límites de lesividad intolerable, y más aún: que no hay acción humana delictiva que los rebase. Esto es simplemente insensato. El responsable de un crimen atroz no detuvo su destructividad antes de producirle un daño letal e irreversible a un tercero. Tal contención sería lo único que sustentaría que se sentenciara a alguien en términos de un plazo carcelario, para que posteriormente pudiera incorporarse a la vida social normal, devolviéndole así su condición cívica como sujeto autónomo en pleno goce de su libertad (definida ésta como vida personal y comunitaria no sujeta a mecanismos coactivos bajo el concepto de respeto a la dignidad de otros). Sin duda es importante no perder de vista aquí - como ya se adujo antes en el trabajo - que la necesidad de un castigo con el rigor de la pena capital, no podría soslayarse por el hecho de que una sociedad hubiese evolucionado hacia un alto nivel ético. La simple posibilidad de que incluso como excepción, una conducta criminal atroz pueda sobrevenir, obliga a prever siempre la punición extrema.

#### 4.9. La falacia de la noción de precipitación victimológica como omisión del respeto ético a la persona vulnerable.

A la luz de estas ponderaciones, análisis sociológicos como los de Hans von Hentig<sup>10</sup>, cuya clasificación de la víctima obedece a tipos caracteriológicos bajo la noción de “precipitación de la víctima” (“victim precipitation”<sup>11</sup>), presentan al agraviado por el acto criminal como un individuo proclive a ser vulnerado (“the victim shapes and molds the criminals”<sup>12</sup>). Estamos ante la tesis de que quien sufre una agresión delictiva suele dar pábulo a que se consume un daño antijurídico en su contra. O sea, la no defensa apropiada, la impunidad, es *de facto* una invitación a la comisión de delitos, de la magnitud que sean. Esto, lejos de elucidar el problema ético de interpelación de cumplimiento con un deber de castigo justo en relación con el perpetrador atroz, pareciera más bien justificar descaradamente la acción violenta y criminal, casi podríamos decir “promoverla”. La acción delincuencia obraría como una némesis dimanante de la exposición a la amenaza que provoca la actitud de la persona eventualmente lesionada. Según esto, ciertas individualidades invitarían fatídicamente a su victimización, debido a su aspecto de bonanza, su aire seductor o su sumisión velada a quien habrá de vulnerarlas:

“The law . . . makes a clear-cut distinction between the one who does and the one who suffers. Looking into the genesis of the situation, in a considerable number of cases, we meet a victim who consents tacitly, cooperates, conspires or provokes”<sup>13</sup>.

La argumentación de que hay individuos que por sus propios rasgos caracteriológicos se victimizan de suyo o se ofrecen como víctimas a un potencial atacante, ya que exhiben una especie de vulnerabilidad *a priori* – por así decirlo – es no sólo sesgada, sino francamente ridícula y obviamente no contribuye a explicar ni la situación factual ni la moral. Nuestra obligación es respetar y mostrar solidaridad con el débil, con el afectado por un agresor infame e injustificable, a causa de su condición de sometible. Nada justifica lesionar o despojar al que no representa amenaza alguna para nuestra integridad. Es aquí donde esta especie de sociología muestra sus limitaciones empíricas, pues deja de lado por completo la dimensión ética de los individuos. Además, si se aduce que la víctima no es cabalmente inocente, si atrae indefectiblemente sobre sí por sus peculiaridades psicológicas o físicas la intención aviesa y propicia el acto

<sup>10</sup> Von Hentig, Hans, *The Criminal and His Victim. Studies in the Sociology of Crime*, New Haven, Yale University Press, 1948.

<sup>11</sup> *Ibid*, p.175

<sup>12</sup> *Ibid*, p.182: “la víctima conforma y moldea a los criminales”.

<sup>13</sup> *Ibid*, p.194: “La ley... hace una distinción tajante entre quien obra y quien padece. Adentrándonos en la génesis de la situación, en un número considerable de casos encontramos que una víctima consiente tácitamente, colabora, conspira o provoca”.

socavador del asesino, el violador o el sádico, entonces no puede argumentarse en favor de la idea de responsabilidad penal en relación con el victimado. Según esta perspectiva, siempre es posible esgrimir salvedades a guisa de incitaciones por parte de la persona vulnerable.

Esta clase de razonamiento se ha ofrecido en relación con muchos temas (violaciones de mujeres, por ejemplo), pero lo que las discusiones muestran es que se trata de una estrategia de pensamiento destinada al fracaso. Aseveraciones de esa índole buscan persuadir al ciudadano de que el criminal causa un daño a un tercero en virtud de que éste lo inclina a actuar así y es por ello que aquél, podríamos añadir, “generosamente” lo victimiza. De nuevo, esta argumentación es ridícula. Es evidente de suyo que la conducta criminógena del perpetrador frío, despiadado y sanguinario se ejercerá siempre sobre la persona cuyo potencial de indefensión haya previamente valorado, pero inclusive si la tesis de la incitación a ser agredidos fuera acertada (lo cual obviamente no es el caso), de todos modos ello no justificaría el acto antijurídico lesivo. Pueden enarbolarse todas las tipologías victimológicas que se desee: un individuo ético no vulnerará jamás al indefenso. Por consiguiente, es sólo aquél que actúa ilegítimamente quien es capaz de hacer tal cosa, lo que lo vuelve *ipso facto* merecedor del castigo correspondiente.

Desde un punto de vista ético, los argumentos sociológicos o psicológicos como el mencionado desembocan en situaciones aberrantes como las siguientes:

- a) si un anciano porta un reloj de oro, es entendible que se le cercene la mano para robarlo.
- b) si un niño juega en el parque, es entendible que alguien busque el momento oportuno para secuestrarlo y vejarlo
- c) si una mujer tiene atributos físicos sensuales, es entendible que alguien procure la coyuntura para violarla, etc.

¿No se trata acaso de personas que potencialmente precipitan la acción delictiva en su contra? Es evidente que el argumento en defensa del criminal es declaradamente insostenible. Pero además, ¿qué implicaciones fácticas tendría el que se aceptaran argumentos así? ¿Cómo habría que vivir? ¿Ocultándose siempre y con temor endémico ante la posibilidad siempre inminente de que verdugos acechantes surjan del entorno? El sentido común indica más bien lo contrario, a saber, que habría que fortalecer los valores comunitarios de equidad, justicia y autodefensa, de tal suerte que el crimen se volviese una excepción y no una conducta habitual casi inextirpable y, peor aún, justificable.

#### 4.10. Ética comunitaria y autodefensa.

“En el Libro II de la Política, Aristóteles hace la reflexión de que al estar privados distintos habitantes de la ciudad – los cuales ejercen oficios específicos – de la posesión de armas, se vuelven prácticamente los esclavos de aquéllos que sí las poseen (οὐκ ἔχοντες ὄπλα...ὥστε γίνονται σχεδὸν δοῦλοι τῶν τὰ ὄπλα κεκτημένων)<sup>14</sup>. Desde su perspectiva, el ciudadano es aquel que participa de manera integrada en la vida de la ciudad, y esto en dos ámbitos básicos, a saber: los juicios y los cargos públicos (πολίτης δ’απλῶς ὀρίζεται μᾶλλον ἢ τῷ μετέχειν κρίσεως καὶ ἀρχῆς)<sup>15</sup>. Sin esta vinculación no es posible fomentar y cultivar el amor cívico por el entorno comunitario (μὴ μετέχοντας δὲ τῆς πολιτείας πῶς οἶδ’ ὅν τε φιλικῶς ἔχειν πρὸς τὴν πολιτείαν)<sup>16</sup>. Asimismo, esta comunidad cívica, para conservar su cohesión y unidad, requiere evitar la “desmesura” (πλεονεξία)<sup>17</sup> y mantener “un tipo de autoridad que gobierne a sus iguales por índole y por libertad, de manera que al gobernar aprenda a ser gobernado” (...ἔστι τις ἀρχὴ καθ’ ἣν ἄρχει τῶν ὁμοίων τῷ γενεὶ καὶ τῶν ἐλευθέρων...ἣν δεῖ τὸν ἄρχοντα ἀρχόμενον μαθεῖν)<sup>18</sup>. Dicho de otro modo, ha de respetar la “virtud” (ἀρετή), manifestando a través de su conducta probidad, sensatez, gentileza y discernimiento.

En las sociedades con una demografía incontrolada y conformadas por inequidades ostensibles, donde la criminalidad se concibe en términos de contención y a la que se busca enfrentar con despliegues de índole policial–militar desvinculados de estrategias ciudadanas de fuerza real, donde no se advierte ninguna teleología comunitaria viable, es evidente que ni siquiera se barrunta la importancia de tal axiología cívica, sin la cual la lesividad en los distintos órdenes de la actividad intersubjetiva causa los estragos más deletéreos. El cuadro vicioso es manifiesto: por un lado la población indefensa ante las crisis inesperadas de toda suerte, e inerme (sin armas) ante una delincuencia virulenta y, como contraparte las fuerzas represivas del estado, ineficaces, carentes de credibilidad y arbitrarias, y a menudo coludidas con las propias organizaciones criminales. Se trata de la victimización de la sociedad desde todos los puntos de vista.

Tal estado de cosas no es gratuito, tiene que ver con la construcción de democracias formales sin un sentido de nación. Las instancias primigenias de

<sup>14</sup> Aristotle, *Politics*, The Loeb Classical Library, Harvard University Press, London, MCMLIX, 1288a, 15–20 : “quienes no tienen armas...se vuelven poco menos que esclavos de los que las poseen”.

<sup>15</sup> Ibid, 1275a20 : “el ciudadano se define simplemente sobre todo por participar de los juicios y los cargos”.

<sup>16</sup> Ibid, 1268a20–25 : “quien no participa de la vida cívica, ¿cómo puede tener afinidad por la misma?”

<sup>17</sup> Ibid, 1293a.

<sup>18</sup> Ibid, 1277b10.

vida comunitaria –ayuntamientos y municipios, por ejemplo- carecen de virtud cívica, prosperidad, altruismo, ilustración y posibilidades de salvaguarda autónoma de sus personas y sus bienes. La justicia está burocratizada y la hegemonía plutocrática impone sus intereses a las decisiones políticas. En este contexto, la aversión oficialista y oficiosa a la pena de muerte, so pretexto de la falibilidad de los sistemas judiciales y otros argumentos que se han refutado en este trabajo, es un dogma para mantener la impunidad tan conveniente a estructuras de gobierno criminógenas y venales. Así, lo que no debería revestir ambigüedad alguna en tanto conducta imperdonable y constatable por el testimonio de quienes se conocen bien por su vecindad cotidiana y saben lo que pasa en sus jurisdicciones, se vuelve un problema insoluble de falta de pruebas o deficiencias investigativas de las autoridades incumbentes.

En otras palabras, al no haber cohesión colectiva, nadie sabe lo que ocurre, los individuos viven atomizados y amedrentados por una violencia que los aplasta y que el poder público no resuelve; y paralelamente, no hay esclarecimiento de los delitos a partir de técnicas indagatorias rigurosas y científicas. Autodefensa, dignidad y pena de muerte son conceptos complementarios. Comunidades cohesivas, aptas para la salvaguarda colectiva de sus valores de coexistencia, viviendo en condiciones dignas que garanticen una vida honesta y actuando inexorablemente ante el hecho imperdonable, tendrán siempre en el castigo supremo el recurso imprescindible e inequívoco de ejecución legal del criminal sanguinario. Un tipo de comunidad así evidentemente hará del delito una excepción, que sin embargo deberá sancionarse proporcional y equitativamente cuando se trate de una atrocidad contra una víctima inocente.

#### **4.11. Operatividad jurídica de las nociones de perpetrador atroz y víctima inocente.**

Es importante señalar que en las confesiones de los perpetradores atroces, es decir, de los criminales fríos, implacables y sanguinarios<sup>19</sup>, se advierte una planeación eficiente para llevar a cabo su propósito lesivo, donde el éxito de su designio antijurídico consiste en el sometimiento total de la voluntad del otro mediante la amenaza, el miedo, la anulación de cualquier resistencia física merced a acciones violentas o tortura y la supresión de la dignidad del victimado a través de vejaciones de distinta índole. En este contexto, la noción de “víctima inocente” resulta perfectamente inteligible y operativa en términos penales y como tal es un concepto determinante e indispensable para la imputabilidad de delitos. De igual manera, la figura del “perpetrador doloso y violento”, que actúa

---

<sup>19</sup> Véase cita (77) del Capítulo 2 del presente trabajo.

con ventaja para causar lesiones letales o humillaciones indecibles a un tercero no agresivo forma parte de la casuística de los crímenes repugnantes por su saña y crueldad. Suprimir estos usos de lenguaje significaría negar sin más conductas perfectamente constatables. Resultaría ocioso emplear métodos de prueba sustentados en técnicas de ciencia criminalística para acreditar “culpabilidad” o “inocencia” en hechos delictivos, pues no habría imputabilidad que acreditar. Los defensores de la pena de muerte no podemos aceptar, por lo tanto, que nos encontramos en un contexto de ambigüedades conceptuales.

#### **4.12. El falso debate entre las nociones de “culpa”, “responsabilidad”, “libertad” y “voluntad autónoma” en el acto punible.**

Hay hoy una corriente jurídica en boga que problematiza el concepto de “culpa” en el contexto del derecho penal, y cuya figura más señera es el jurista alemán Claus Roxin. Como intentaré demostrar, a mi juicio resulta superfluo el presunto debate preconizado por esta vertiente doctrinaria, respecto de prescindir del término “culpabilidad” en virtud de su supuesta carga semántica religiosa. Se nos dice, por ejemplo:

“La noción de culpabilidad constituye en sí un cuerpo extraño en el seno de un moderno derecho penal preventivo (no retributivo)...sustitución de la culpabilidad por el concepto de responsabilidad”<sup>20</sup>.

Esta presunta modernidad del sistema penal, sustentada en la inconsistencia ética de una “prevención penitenciaria” que confiere derechos incluso al criminal atroz como en Roxin y Hans-Heinrich Jescheck<sup>21</sup>, pretende investir las palabras con significados unívocos, sin atender a su operatividad lingüística. Lo que logran, evidentemente, es mutilar el lenguaje. Es obvio que cuando se habla de “culpa” en un contexto judicial-penal no se piensa ni en pecado ni en redención ni en catarsis del alma ni en nada que se asemeje a estos estados mentales; se expresa simplemente la condición de autoría delictiva que caracteriza a un determinado sujeto jurídico.

La noción con la que está inmediatamente emparentada es la noción de responsabilidad, la cual es indispensable para fines indagatorios, procesales o resolutorios mediante sentencia. De igual manera, cuando se habla de “libertad” en términos de imputabilidad no se piensa en un concepto metafísico de *liberum arbitrium*, sino en un acto no coactivo resultado de una intencionalidad autónoma. De acuerdo con esto, quien actuó no se vio forzado a ello, es decir, no lo guió el impulso incontenible del destino, ni sucumbió a condiciones

<sup>20</sup> Schüneman, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal*, Tecnos, 1991, p.152.

<sup>21</sup> Véase en el Capítulo 2 del presente trabajo, **2.25. La inconsistencia ética de Roxin y Jescheck.**

hereditarias en su fisiología, ni fue obligado por nadie a actuar, etc. Si se prescinde de la idea de “voluntad autónoma” en el lenguaje del derecho penal, sobre la base de que aparentemente se trataría de un término ininteligible en su uso jurídico, ¿cómo podríamos, entonces, hablar de responsabilidad *stricto sensu* en un acto criminal? Más aún: ¿Qué sentido tendría hacerlo? ¿Cómo podríamos expresar lo que ahora normalmente decimos? ¿A quién sería sensato acusar?

Hans Kelsen afirma con razón que “der Begriff des Willens spielt in der juristischen Konstruktion keine geringere Rolle”<sup>22</sup>. O sea que buscar problematizar lo que lingüísticamente permite infundir elucidación al fenómeno delictivo, resulta por completo impropio. Sin la noción de “voluntad autónoma” en la comisión de un acto atroz, tanto la noción de “punibilidad” como la de “víctima inocente” se vuelven simplemente ininteligibles. El esclarecimiento pericial del hecho obligaría a justificar indefectiblemente al perpetrador, pues no podría atribuírsele intención lesiva. Sin embargo, no es así como opera en el lenguaje jurídico la figura del “inimputable”. Aquí hay que distinguir con “toda claridad los conceptos”. El inimputable es un tipo de individuo que está impedido para usar cabalmente sus facultades intelectivas o físicas, debido a trastornos neurológicos o retraso mental; es alguien que no se da cuenta de la gravedad jurídica de lo que ha hecho, pues no es jurídicamente competente. Pero es más que evidente que esto no es este el caso de la conducta criminal atroz, donde el control racional de la victimización que se obrará en un tercero a partir de su indefensión, obedece a un cálculo cuidadoso y efectivo. En este está presente la conciencia de que se dañará mediante un acto antijurídico a alguien, a quien se afectará de manera negativa y definitiva. La no competencia moral del perpetrador racional e implacable no significa en absoluto carencia de entendimiento de la magnitud lesiva de la acción, a diferencia del alienado. Por consiguiente, en la praxis lingüística penal, el perpetrador premeditado e implacable, lo mismo que la víctima indefensa ante sus designios deletéreos, conforman conceptos perfectamente definidos y jurídicamente operativos.

#### **4.12.1. La inconsistencia de la hipótesis del determinismo.**

Puesto que venimos hablando de la importancia de la noción de autonomía de la voluntad para el establecimiento de la culpabilidad o la responsabilidad penal, resulta inevitable referirse en este contexto al determinismo como una teoría filosófica que de convalidarse haría insustentable la culpabilidad o la

---

<sup>22</sup> Kelsen, Hans, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1911, SCIENTIA VERLAG AALEN, 1970. p.4 : "El concepto de voluntad juega en la construcción jurídica un papel en absoluto nulatorio".

responsabilidad penal y por ende ninguna noción victimológica podría esgrimirse. De hecho, representaría un trastorno inmenso en nuestro aparato conceptual. El argumento de Peter Strawson al respecto resulta pertinente:

“The human commitment to participation in ordinary inter–personal relationships is, I think, too thoroughgoing and deeply rooted for us to take seriously the thought that a general theoretical conviction might so change our world that, in it, there were no longer any such things as inter–personal relationships as we normally understand them”<sup>23</sup>.

El aspecto de fondo es que la libertad está indisolublemente ligada a prácticas lingüísticas irrenunciables para nuestro desenvolvimiento personal y comunitario. Se trata de la manera en que está organizada nuestra forma de interactuar en el mundo (es nuestro “esquema conceptual”). Por ende, el repudio teórico de nociones como “libertad” o “intención no motivada coactivamente” – por ejemplo – si se adujera la concatenación fatídica de todos los fenómenos y se le tomara en serio, volvería inviable sin más nuestra forma de conducirnos cotidianamente entre los demás y no se daría cuenta de diversas conductas lingüísticamente bien definidas y articuladas. De nuevo, nada sería penalmente imputable, lo que significaría que el asesino, el violador, el sádico, estarían de antemano exculpados y serían agentes ciegos de fuerzas fuera de su control. El carácter inviable de una hipótesis como ésta es, pienso, palpable.

A este respecto vale la pena señalar que inclusive un férreo preconizador del determinismo, como Arthur Schopenhauer, defiende, no obstante, el principio de “*neminem laede, imo omnes, quantum potes, juva*”<sup>24</sup>. En esto hay una contradicción flagrante, a saber: la tesis cosmológica de una voluntad ciega que produce fatalmente la causación de los fenómenos hace impensable que el sujeto modifique un ápice las cosas mediante algún acto voluntario propio. Empero, si todo lo que acaece en el mundo sigue una secuencia inexorable, ¿cómo se le exige a individuo alguno observar un precepto de no lesividad hacia los otros? Resulta incoherente argumentar desde una postura determinista en favor de un *liberum arbitrium indifferentiae*, en relación con “un individuo humano dotado de ese arbitrio”<sup>25</sup>, al que “le resultan igualmente posibles dos acciones diametralmente opuestas”<sup>26</sup>. Incluso bajo una división ontológica entre un ámbito

<sup>23</sup> P. F. Strawson: *Freedom and Resentment*, The Determinism and Freedom Philosophy Website, pp. 16–17: “El compromiso humano de participación en las relaciones interpersonales ordinarias es, pienso, tan exhaustivo y está tan profundamente arraigado como para tomar en serio el pensamiento de que una convicción teórica general pudiera cambiar tanto nuestro mundo, que en él no hubieran ya cosas tales como relaciones interpersonales como normalmente las entendemos”.

<sup>24</sup> Schopenhauer, Arthur, *Los dos problemas fundamentales de la ética*, Siglo XXI, 2007, p.200 : “no lastimes a nadie, antes bien a cuantos puedas ayuda”.

<sup>25</sup> Ibid, p.45.

<sup>26</sup> Ibidem.

físico y otro nouménico, todo lo que se decidiese en el mundo fenoménico de la necesidad absoluta, no podría reflejarse o concretarse en el mundo nouménico de la autonomía, no podría haber conexión lógica entre ambos dominios. Con esto se ilustra brevemente lo estéril que resulta para la caracterización de la culpabilidad, las discusiones sobre la libertad o el determinismo desvinculadas de los contextos de praxis lingüística real. Por otra parte, es relativamente claro que las nociones jurídicas no son cosmológicas, y que únicamente plasman caracterizaciones de conductas constatables. La autonomía de la voluntad constituye, por lo tanto, para el *ius puniendi*, una noción básica e insoslayable para adscribir o no responsabilidad penal cuando bajo criterios probatorios fehacientes se concluye que un individuo en uso cabal de su racionalidad causó un daño antijurídico a un tercero. Se trata, pues, de un concepto primordial para el ejercicio de la imputabilidad y la inteligibilidad de la figura de “víctima inocente”.

#### **4.13. Inconsistencia ética en la perspectiva victimológica prevaleciente respecto de víctimas inocentes de crimen atroz.**

En el estudio de la victimología aparece recurrentemente la idea de que “toda victimización produce una disminución del sentimiento de seguridad individual y colectivo, porque el delito afecta profundamente a la víctima, a su familia y a su comunidad social y cultural. La transgresión del sentimiento de inviolabilidad... crea una situación traumática que afecta definitivamente a la víctima y a su familia”<sup>27</sup>. Se habla entonces de la “víctima absolutamente indefensa”<sup>28</sup> y de “la crueldad e insensibilidad del delincuente”<sup>29</sup> en relación con “las características de vulnerabilidad”<sup>30</sup> del afectado. Asimismo, se reconocen fenómenos criminales repugnantes como “el homicidio con alevosía”<sup>31</sup> y “el homicidio con ensañamiento”<sup>32</sup>, además de una gama de delitos sexuales, entre otros de gravedad donde se pone de manifiesto la implacabilidad de la conducta infractora. Sin embargo, la victimología no se plantea el problema ético que suscita la indefensión de la víctima en el crimen atroz como se ha descrito aquí. Si bien se habla de restitución a la víctima en función de la magnitud del daño antijurídico causado, éste se concibe en los desastrosos términos de la legislación penal nacional o internacional vigentes<sup>33</sup>. Pero lo cierto es que no encontramos todavía una reflexión en torno a la pena capital a partir de la idea de anulación radical de derechos que el crimen atroz provoca en la víctima inocente. Contrario

<sup>27</sup> Marchiori, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, México, 1988, p.3.

<sup>28</sup> *Ibid*, p. 150.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> *Ibid*, p.54.

<sup>32</sup> *Ibid*, p.58.

<sup>33</sup> *Ibid*, p.171.

a esto, la victimología como disciplina especializada, termina abogando por un resarcimiento a la víctima en términos de “asistencia del estado: psicológica, médica, pecuniaria”<sup>34</sup>. Sin embargo, se desentiende de las prerrogativas penitenciarias del perpetrador y la injusticia que ello significa como se ha expuesto. La teoría de la víctima así formulada, da pábulo a un amplio margen de conclusiones abiertamente exculpatorias en relación con el criminal, al que suele caracterizarse como un anómalo que despierta prejuicios en sus juzgadores:

“El maniático, el inmoral, el sujeto impenetrable, brutal o que haya sido anteriormente penado; quienquiera que sea odiado, despreciado o silenciosamente envidiado, sentirá la displicencia de los jurados”<sup>35</sup>.

Como es fácil advertir, se produce en esta clase de razonamiento una paradójica victimización del criminal, esto es, del victimador, independientemente de cuán brutal haya sido su conducta, aduciéndose para ello las preconcepciones o los errores judiciales como línea argumentativa central, algo común por lo demás en el abolicionismo en boga, pero sobre todo, fundando la argumentación en una posición moralmente inaceptable. Es en una abierta contradicción como ésta en la que se hace culminar a la postura retencionista.

#### **4.14. Falta de rigor en los argumentos criminológicos y victimológicos.**

La laxitud propia de los argumentos criminológicos y victimológicos es lo que impide reflexionar con claridad sobre el tema de la víctima inocente de un crimen atroz, que es *stricto sensu* el concepto que exige en términos morales la aplicación de la pena capital. Porque al margen de las insuficiencias judiciales – como ya se ha elucidado suficientemente en el presente trabajo – hay abundantes casos de criminalidad sanguinaria e implacable cuya imputabilidad es irrefragable, y es ahí donde no puede evadirse la responsabilidad ética con la víctima. De manera axiomática puede estipularse que ahí donde la autoría de un crimen atroz contra un tercero indefenso se determine contundentemente, la pena capital es el único castigo que honra a la víctima y refrenda la posibilidad del ejercicio inteligible de la justicia. Se trata del único castigo moralmente justificado y justificable. La razón es obvia: no resulta sensato eximir judicialmente de esta punición a quien obra con implacabilidad ante otro, luego de haberlo obligado a someterse a los designios aviesos de su voluntad, medidos ambos con un mismo rasero, a saber, como seres tanto inteligentes como autónomos. No ejecutar legalmente al que ha sido capaz de victimizar con

---

<sup>34</sup> Ibid, p.174.

<sup>35</sup> Von Hentig, Hans, *Problemas de la absolución en casos de asesinato*, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1959, pp. 42–43.

semejante lesividad es de hecho – como hemos argumentado - volverse cómplice de una injusticia flagrante, consistente en la tutela inmerecida de la vida en quien la desprecia en los demás.

#### **4.15. La víctima inocente como símbolo de vergüenza ontológica y exigencia ética de la pena capital.**

La víctima inocente de un crimen atroz simboliza una vergüenza moral y, me gustaría expresarlo de este modo, ontológica. Lo que quiero decir es simplemente que en un sentido humano el acto no debió haber acontecido jamás. Suscita el sentimiento de una deuda que obsesiona a la conciencia y respecto de la cual no hay resarcimiento posible. La ausencia irreversible o la vejación inaceptable de la víctima – resultado del daño infligido - pesan como signos de la irracionalidad flagrante, que incluso en una sociedad altamente ética puede manifestarse. La ejecución del perpetrador no resarce del daño irreparable, simplemente hace prevalecer la justicia, pues no se concede al responsable goce ulterior de prerrogativas; impide el escarnio a la memoria de la víctima o a su existencia gravemente menoscabada. Por consiguiente, en la política abolicionista impulsada prioritariamente por las Naciones Unidas que hoy campea, no hay debate riguroso ni mucho menos fundamentación ética de la posición defendida. Se desliza una y otra vez con insufrible cinismo el dogma de que la pena capital menoscaba los derechos humanos, y se hace acompañar esto de una propaganda incisiva donde el condenado a este castigo queda caracterizado como una víctima trémula e indefensa de un sistema judicial que lo tritura con absoluto descomedimiento y arbitrariedad. En este tenor, ¡simplemente no existe el criminal atroz! ¡No existe el torturador, el vejador inclemente, el asesino frío! ¡Sólo víctimas de la prevaricación de jueces aviesos! ¡Y tampoco existen en consecuencia jueces probos y acuciosos en su discernimiento de los casos de su incumbencia! De acuerdo con esto, no hay flagrancia, no hay evidencias irrecusables de la acción criminal sanguinaria, no hay en suma castigo posible al bestial y al virulento, al sañoso y al implacable con el inerme y el indefenso. A quien asuma estas falacias con seriedad hay que pedirle que analice mejor, que recapacite, que no incurra en la mendacidad deplorable que esta sofística abolicionista conlleva como creo haber ilustrado.

##### **4.15.1. La pena capital como castigo ético que honra a la víctima inocente.**

La pena capital conserva vivo el recuerdo del agraviado, es el *memento* al que no debemos renunciar ni como individuos ni como sociedad. La víctima inocente de un crimen atroz denota un daño para el que no podría haber equivalencia crematística ni de término carcelario, ni respecto de la cual podría hacerse valer

la contrición del imputado. La víctima inocente de un crimen atroz evidencia que lo que el perpetrador cometió no fue irremediable, que éste tuvo la oportunidad de haberse sustraído al acto deletéreo pero no quiso hacerlo. Continuó en su propósito, sin que ruego alguno del afectado mitigase su malevolencia ni su cálculo vejatorio. El violador y asesino de mujeres jóvenes, el francés Fourniret, al que se le dio el mote de “monstre des Ardennes”, narró despectivamente lo que había expresado durante una diligencia judicial, al mostrársele el registro con los nombres de diversas púberes:

“on m’a soumis une liste de jeunes filles...j’ai fait le tri en désignant effectivement celles qui son mortes de mes mains”<sup>36</sup>.

Fourniret purga actualmente cadena perpetua en Bélgica y, naturalmente, ejerce derechos penitenciarios, concede entrevistas, etc. Sus víctimas asesinadas en cambio vieron tempranamente segadas sus vidas, quedando privadas de cualquier prerrogativa. Eso no parece contar. Es claro, por otra parte, que Fourniret no es rehabilitable, desde el momento en que se admite que no debe volver nunca a un ámbito social. Empero, la perversidad abolicionista lleva a estos desenlaces judiciales aberrantes en tratándose de este tipo de criminal atroz: se le mantiene vivo, con garantías a su dignidad como persona. Afuera están los supérstites, transidos por el dolor inefable de la pérdida vejatoria e irreparable de alguien entrañable. Para las víctimas lo que hay es el sepulcro y el silencio cómplice de las autoridades judiciales y penitenciarias, lo mismo que la obcecación de una política europea arrogante y dogmática, como se ha expuesto y denunciado a lo largo del trabajo<sup>37</sup>.

#### **4.16. La narrativa judicial del criminal atroz en relación con las víctimas inocentes de sus actos.**

El criminal atroz, cuando presenta las características de un individuo en cabal dominio de sus emociones y dotado de impecabilidad en el razonamiento y la preparación de sus embates de vulneración contra terceros inocentes, suele hacer la descripción lúcida y pormenorizada del *iter criminis*, quedando claro que su decisión de seguir socavando la integridad de la víctima mediante tortura psicológica o física, o bien de que ésta sea “ultimada cruel y sádicamente”<sup>38</sup>, en

<sup>36</sup> Peeters, Bert, *Le stéréotypage du tueur en série dans un corpus de faits divers: le cas de Michel Fourniret*,

University of Tasmania, p.250: “Se me ha presentado una lista de damas jóvenes, he hecho un gesto al designar a aquéllas que efectivamente había matado con mis manos”. (extracto de una declaración ministerial).

<sup>37</sup> Véase 1.4. Los tratados internacionales abolicionistas: el dogma de un derecho sin deber de reciprocidad y el malentendido de la obligatoriedad *ad perpetuum*.

<sup>38</sup> Marchiori, Hilda, op.cit., p.56.

todo momento pudo haberse modificado. Seguir insistiendo como hoy hace el abolicionismo en boga, en el dogma frívolo de la crueldad de la pena capital, incluso en tratándose de este tipo de menospreciadores confesos de la dignidad ontológica de los demás, denota una visión aviesa y malintencionada de la justicia. No es admisible – a la luz de todo lo argumentado – la preconización a ultranza de la salvaguarda de la vida al margen de la gravedad del delito contra la integridad de las personas.

Para ejercer el derecho a la tutela de la propia vida por parte de un orden legal es preciso demostrar mérito para tal prerrogativa. El respeto a nuestra integridad no puede sustentarse en la vejación infligida a otros. Resulta inaudito que este razonamiento se halle por completo ausente de las disquisiciones abolicionistas. Victimizar a terceros por el afán de lucro o de placer perverso, causándoles una agonía y una muerte espantosas, o lesionándolos al grado de que no vuelvan a recuperarse jamás, rompe con la reciprocidad humana más elemental, repugna de suyo salvo que se comparta tal proclividad criminal. En estos escenarios, sólo la pena capital restablece la equidad como nulificación de derechos en el infractor; la misma nulificación que éste operó en la víctima con afán sañoso.

En este trabajo nos hemos ocupado precisamente del contexto en el que una víctima inocente es destruida por un acto implacable de brutalidad calculada, así como de su contexto ético-jurídico. No nos hemos ocupado aquí de perpetradores que lleven a cabo su infame agresión porque acusen alguna enfermedad, porque no sepan lo que hacen. Al contrario: hemos tenido en mente a todo lo largo y ancho del trabajo a individuos que pergeñan con impecable congruencia la narrativa de lo que efectuaron en el otro, cuya conciencia del delito está claramente infundida, sin margen a la duda. Es pensando en sus víctimas que hemos querido delinear una defensa del castigo que les corresponde, a saber, la muerte. Curiosamente, como vimos, la victimología contemporánea, en lugar de extraer una conclusión lógica de estos casos, termina solapando al criminal, en tanto recomienda su internación penitenciaria donde ejercerá derechos y se someterá a programas de “rehabilitación”. En cuanto a la parte más importante del suceso, esto es, la propia víctima, se le otorga consuelo y se le insta a la resignación. Es mi convicción que es ofensivo al pundonor y al decoro humano pensar y actuar así, pues es tanto como fomentar la impotencia y la mansedumbre ante aquél que no merece perdón y debe ser legalmente ejecutado. En suma y con fundamento en lo hasta aquí expuesto, la pena capital es el recurso obligado de toda sociedad sensata ante el crimen imperdonable.

## PENSAMIENTOS FINALES

La pena de muerte es la garantía de la justicia ante el desprecio criminal por la vida humana, denota la solidez y la templanza de las instituciones de castigo de una sociedad dada, no con el arrebató o la desmesura, sino con el discernimiento de lo que debe ser la equidad como valor fundamental en el ejercicio de derechos. La pena de muerte es la ratificación de una moral colectiva solidaria y benevolente ante el infractor cruel e implacable, sin escrúpulo alguno para lastimar personas indefensas o en condición de debilidad ante la agresión artera y denigrante. Su aplicación sustentada en certeza inequívoca erradica la sensación socialmente perniciosa de que hay inequidad en la justicia al salvaguardar desde el poder público la integridad ontológica de perpetradores despiadados y carentes de escrúpulos para socavar sin remedio la dignidad ajena.

La hipocresía del abolicionismo en su supuesta defensa del carácter santo de la vida estriba en la construcción de un perverso espejismo, a saber, el del delincuente como víctima inocente e indefensa ante un omnímódo poder público. Esta falacia es la que nutre sus deplorables empeños ideológicos, buscando imponer como idea irrecusable la figura de sistemas judiciales sempiternamente fallidos, como si la profesionalización en la indagación de los delitos y en la determinación de la responsabilidad penal, así como los métodos científicos de prueba, sencillamente no existieran. Como he intentado hacer ver en el presente trabajo, el abolicionismo contemporáneo no constituye una argumentación seria en contra del carácter ético de la pena capital. Antes bien es una política impulsada como dogma desde la Organización de Naciones Unidas, la Unión Europea y distintos organismos no gubernamentales de renombre, bajo la aseveración superflua e ininteligible de que la punición suprema es un impedimento para el fortalecimiento de derechos fundamentales. No deja de llamar la atención en este sentido - como se colige de mi planteamiento - que en el pensamiento filosófico occidental haya habido prácticamente unanimidad respecto de la pertinencia de este castigo en tratándose de ciertas conductas juzgadas imperdonables y que esto sea algo por completo soslayado por el abolicionismo prevaleciente. Incluso en distintos autores retencionistas examinados, sus objeciones a la pena capital tienen que ver no con el carácter ético del castigo como tal, sino con desvirtuamientos en los procesos judiciales, por lo demás todos corregibles, como hemos puntualizado.

Es precisamente el cinismo desafiante que se advierte en muchos criminales confesos de sanguinarias acciones, lo que evidencia la improcedencia moral de esgrimir el derecho a la vida y a su tutela por las instituciones incumbentes del estado sin que exista la obligación irrecusable de no fracturarlo en otros. Incluso hay los que en virtud de su comportamiento carcelario impecable ven reducida su compurgación. Quizás nada haya peor que el sentimiento de impotencia como allegado de una víctima inocente irrecuperable que tener que vivir con el deseo de venganza contra quien mantiene derechos y

hasta privilegios como sujeto jurídico en un centro penitenciario, y del que se tiene la certeza incontestable de su responsabilidad en la comisión del acto brutal imposible de rectificar. No deja de tener un carácter mercenario el pretender que el tiempo de internación que compurgue un criminal atroz compensa por la dignidad ontológica irremisiblemente vejada por él en otro. ¿Qué clase de trueque abyecto se promueve aquí? ¿Es cuantificable la vida de un ser humano en términos de años de cárcel impuestos a su asesino o incluso de pago pecuniario a sus supérstites? ¡Esto sí que es degradar el valor de la vida, convirtiéndola en mercancía ajustable a equivalencias discrecionales y por ende modificables *ad libitum!*

Una sociedad que no es capaz de plantearse con honestidad y rigor ético, sin demagógicas caricaturizaciones del delincuente indefenso ante aviesos sistemas judiciales, qué comportamientos no acreditan la tutela de la existencia del perpetrador, habrá de lidiar sempiternamente con la deshonra de las víctimas y sus íntimos, así como con la falta de pundonor de sus ciudadanos. ¿Por qué habría de causarle horror a una comunidad decorosa y consciente del valor de la vida el asistir a una ejecución pública y legal de aquél que ofendió sin comedimiento alguno el principio elemental de coexistencia respetuosa y benevolente, a saber, no lesionar sin que medie legítima defensa? ¿Qué clase de mentalidad cerval se pretende instaurar negándole a quienes respetan la legalidad que ordena cotidianamente su intersubjetividad la posibilidad de presenciar la vulneración del virulento y cruel?

No es circunstancial que este descrédito oficioso de la pena capital, al que se inviste de todo un aparato mediático y publicitario, vaya de la mano de una tipificación del ciudadano como persona medrosa e incapaz de ejercer defensa solidaria alguna contra el flagelo del delito grave. En el nombre de la alta evolución democrática se reduce hoy al individuo honesto a “denunciante anónimo”, aislado de sus prójimos en su ámbito comunitario, a expensas de un poder público que manipula sus sentimientos y lo subordina al miedo permanente. Es entonces que se deslizan lemas baladíes como “violencia genera violencia” para infundir, por ejemplo, la fobia a las armas a fin de inculcar conductas asustadizas, no obstante que es un deber constitucional saber usarlas para conformar la Guardia Nacional. Bajo esta lógica ser una persona de vanguardia en materia de derechos fundamentales estriba en poner un gesto de espanto ante la sola idea de eliminar legalmente al más brutal asesino o vejador, pues tal cosa contraviene la mansedumbre a guisa de aséptica urbanidad promovida como signo de loable y autocomplaciente “humanismo” por la política abolicionista en boga.

La argumentación que he llevado a cabo en favor de la pena capital y como impugnación de esta deplorable e hipócrita perspectiva retencionista ha abrevado en fuentes filosóficas cuyos ilustres exponentes continúan arrojando luz sobre cuestiones morales sustantivas de la existencia humana. Se trata de tesis acuciosas que no han sido pergeñadas al volapié o como una ocurrencia, sino que tocan hondo en lo que haya de ser nuestro sentido de justicia y de dignidad como

personas autónomas, como espero haber esclarecido. Sé que la posición que he sustentado contraviene lo que hoy es cómodo defender como supuesto respeto a “la sacralidad de la vida”. Empero, mi convicción no puede suscribir el envilecimiento de la víctima inocente que supone el otorgar derechos penitenciarios a quien carece de todo merecimiento para ello, en virtud de la atrocidad cometida contra alguien indefenso o sometido en su voluntad a trato ultrajante, cuyas llagas no cicatrizarán jamás si no se ejecuta legalmente al responsable. Esta desproporción en el goce de prerrogativas es lo que no me resulta aceptable bajo ningún concepto, y sin embargo es lo que el abolicionismo actual preconiza con la mayor naturalidad y desparpajo.

Espero haber contribuido con este trabajo a situar el debate sobre la pena capital en un terreno ético en sentido estricto, sin el cual toda perorata emotivista como la que caracteriza a la esgrimida por sus detractores cae irremediamente en el vacío de las aseveraciones sentenciosas y gratuitas. Los subterfugios abolicionistas ante la falta de argumentos moralmente sólidos contra la pena capital – como puede inferirse de lo expuesto en el capitulado de esta tesis – inciden invariablemente en las fallas judiciales, la prevaricación de los juzgadores, la falta de profesionalismo de quienes investigan el delito y cosas similares. Entonces, como he expresado en el presente trabajo y en diversos foros de debate sobre el tema a los que se me ha convocado, el problema no es el castigo supremo como tal ni su pertinencia en casos de crimen atroz, sino la lastimosa e incomprensible indolencia para no instrumentar “juicios de garantías”. Esta figura jurídica - prevista en el derecho internacional - es la que debe respetarse en relación con estos procesos de elucidación penal de delitos de alta lesividad contra la integridad ontológica de las personas.

Hoy asistimos a fenómenos patéticos donde sectores ciudadanos salen a las calles para llorar crímenes abominables, en medio de rituales de silencio y cirios encendidos, como signo de una impotencia que se disuelve en obcecada claudicación ante los infractores virulentos y en la inútil exigencia al poder público para que impida lo que jamás se podrá impedir sin salvedad: la eventual comisión de un acto atroz contra la vida de un inocente. Éste es el punto medular que el abolicionismo en boga no encara con honestidad; peor aún, no está en su lógica ni siquiera esbozarlo. Al margen del grado de cohesión moral que una comunidad alcance, el asesinato o la vejación estremecedora podrán sobrevenir siempre – aunque se trate de excepciones – y es aquí donde nuestra conciencia tendrá que plantearse una y otra vez si habremos de transigir con la impunidad que suponen castigos de indulgencia a la vida del perpetrador o si haremos prevalecer la equidad en nuestro sentido de justicia.

Quienes respetan las leyes que garantizan una vida cívica razonable deberían saber defenderse con las armas ante quienes intenten vulnerarlos de manera artera e implacable y deberían también tener certeza sobre los actos que ameriten castigarse con la muerte. No entender esto es abdicar de la dignidad que nos corresponde como personas, bajo el pretexto de una civilidad desvirtuada que se traduce en estéril indignación ante las agresiones despiadadas, las cuales

terminan condonándose al tutelarse la vida de los responsables. La postura que adoptemos en relación con la pena capital definirá los alcances de nuestro pundonor cívico y nuestra confianza en las instituciones que nos rigen. Tales son la importancia y la gravedad del tema.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Almandós, Laura, *Igualdad y diferencia en la democracia ateniense*, Encuentros, colección mejores trabajos de grado Facultad de Ciencias Humanas, Universidad Nacional de Colombia.
2. Aristotle, *The Nichomachean Ethics*, Ancient Greek Texts with Translation, (on line).
3. Aristotle, *Politics*, The Loeb Classical Library, Harvard University Press, London, MCMLIX.
4. Beccaria, César, *De los delitos y de las penas*, FCE, 2000, edición bilingüe.
5. Bedau, Hugo Adam, *The Case Against The Death Penalty*, Capital Punishment Project, American Civil Liberties Union.
6. Bedau, Hugo, Adam, *The Death Penalty in America*, Oxford University Press, 1982.
7. Bell, Joe, *Death Penalty Conveys Justice to Victim and Society*, Opinion Editorials.com, December 21, 2004.
8. Bentham, Jeremy, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Library of Economics and Liberty, (pdf on line).
9. Bentham, Jeremy, *The Rationale of Punishment*, CUWS: Classical Utilitarianism Web Site.
10. Bobbio, Norberto, *Contro la pena di morte*. Conferenza tenuta a Rimini il 3 aprile 1981 in occasione della VI assemblea nazionale di Amnesty International. Mobiglia, Flavio in GARGONZA@Perlulivo.
11. Camus, Albert, *L'Étranger*, Gallimard, 1957.
12. Camus, Albert, *Réflexions sur la guillotine*, Gallimard, 2002.
13. Carrara, Francesco, *Derecho Penal*, Ed. Pedagógica- Iberoamericana, México.
14. Cicero, *de Legibus*, The Loeb Classical Library, William Heinemann, London, MCMXXVIII.
15. Ferrajoli, Luigi, *El Derecho Penal Mínimo*, (trabajo publicado en "Prevención y Teoría de la Pena"; Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1995.
16. Ferri, Enrique, *El homicidio*, Madrid, Reus, 1930.
17. Girard, René, *La violencia y lo sagrado*, Anagrama, Tercera Edición 1998.
18. Habermas, Jurgen, *El Discurso Filosófico de la Modernidad*, Ed. Taurus, 1989.
19. Hart H.L.A, *Essays on Bentham*, Oxford University Press, 1982.
20. Hegel, G.W.F., *Fenomenología del Espíritu*, FCE, Vigésima reimpresión, 2010.

21. Hegel, G.W.F, *Grundlinien der Philosophie des Rechtes*, Zeno.org. Meine Bibliothek. (on line).
22. Helvetius, C.A., *De l'esprit*, l'Institut National de la Langue Française (on line).
23. Jescheck, Heinrich, *Strafrecht im Dienst der Gemeinschaft*, Duncker & Humboldt, Berlin, 1980.
24. Jovellanos, Melchor Gaspar, *El delincuente honrado*, Rincón Castellano, Biblioteca Virtual, (online).
25. Kant, Immanuel, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1999.
26. Kant, Immanuel, *Kritik der praktischen Vernunft*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1990.
27. Kant, Immanuel, *Kritik der reinen Vernunft*, Felix Meiner Verlag, Hamburg, 1998.
28. Kant, Immanuel, *Principios Metafísicos del Derecho*, Ediciones Espuela de Plata, 2004.
29. Kastrup, Marianne, *Psychiatry and the Death Penalty*, Journal of Medical Ethics, Vol. 14, No. 4 (Dec., 1988), BMJ Publishing Group.
30. Kelsen, Hans, *Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode*, Neudruck der Ausgabe Tübingen, 1911, SCIENTIA VERLAG AALEN, 1970.
31. Loti, Pierre, *Aziyadé*, In Libro Veritas, 2006.
32. Marchiori, Hilda, *Criminología. La víctima del delito*, Porrúa, México, 1988.
33. Mill, Stuart John, *Mill on Death Penalty*, Speech delivered before the British Parliament on April 21, 1868, online Criminal Justice Degree.
34. Mill, Stuart John, *On Liberty*, BLTC online.
35. Mill, Stuart John, *Utilitarianism*, BLTC online.
36. Mizrahi, Esteban, *La legitimación hegeliana de la pena*, Revista de Filosofía, vol. 29, núm. 1, (2004).
37. Morse, Stephen J., *Psychopathy and Criminal Responsibility*, Received: 7 May 2008 / Revised: 22 May 2008 / Published online: 10 July 2008# Springer Science + Business Media B.V. 2008
38. Mueller, Gerhard, *Crime, Law and the Scholars*, Heinemann, London, 1970.
39. Mulgan Tim, *Understanding Utilitarianism*, Acumen Publishing Limited, 2007.
40. Musil, Robert, *El hombre sin atributos*, Seix Barral, 1993.
41. Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la Moral*. Alianza Editorial, Tercera Edición 2011.

42. Peeters, Bert, *Le stéréotypage du tueur en série dans un corpus de faits divers, Le cas de Michel Fourniret*, University of Tasmania.
43. Pinatel, Jean, *La sociedad criminógena*, Madrid España, Aguilar, 1979
44. Plato, *Laws*, The Loeb Classical Library, London, William Heinemann, New York, MCMXXVI.
45. Rousseau, Juan Jacobo, *El Contrato Social*, Editorial Porrúa, 1992.
46. Roxin, Claus, *Política criminal y sistema de derecho penal*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 2006.
47. Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, (traducido de la edición de 1963 por Dénes Martos, [www.laeditorialvirtual.com.ar](http://www.laeditorialvirtual.com.ar)).
48. Schopenhauer, Arthur, *Los dos problemas fundamentales de la ética*, Siglo XXI.
49. Schüneman, Bernd, *El Sistema Moderno del Derecho Penal*, Tecnos, 1991.
50. Searle, John, *Speech Acts*, Cambridge University Press, 1969.
51. Sidgwick, Henry, *The methods of ethics*, The University of Chicago Press, 1962.
52. Spinoza, Baruch, *Tractatus Politicus di Baruch Spinoza*, versione latina, Foglio Spinozi@no, numero 14 (on line).
53. Strawson, P.F., *Freedom and Resentment*, The Determinism and Freedom Philosophy Website.
54. Tarde, Gabriel, *Filosofía Penal*, Ed. La España Moderna, Madrid.
55. Tomasini, Bassols, Alejandro, *Pena capital y otros ensayos*, Icarus, 2009.
56. Trías, Eugenio, *El Lenguaje del Perdón*, Ed. Anagrama, 1981.
57. Tugendhat, Ernst, *Diálogo en Leticia*, Gedisa, 1999.
58. Tugendhat, Ernst, *Lecciones de Ética*, Gedisa, 2001.
59. Van den Haag, Ernest, *The Ultimate Punishment: A Defense*, Harvard Law Review, vol. 99, May 1986.
60. Voltaire, *Traité sur la Tolérance*, Gallimard, 1975.
61. Voltaire, *Zadig ou la destinée*, In Libro Veritas (on line).
62. Von Hentig, Hans, *Problemas de la absolución en casos de asesinato Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1959.
63. Von Hentig, Hans, *The Criminal and His Victim*. Studies in the Sociology of Crime, New Haven, Yale University Press, 1948.
64. Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, FCE, 1993.